REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

TOMO CLV

PRIMERA PARTE

SALAS CIVIL Y LABORAL

BOGOTA, D. E. - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA - 1982

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

SALA PLENA

Doctor *Luis Enrique Romero Soto*, Presidente
Doctor *Luis Sarmiento Buitrago*, Vice-presidente
Doctor *Alfonso Guarín Ariza*, Secretario hasta 30 de agosto
Doctor *Horacio Gaitán Tovar*, Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor *Ricardo Uribe Holguín*, Presidente
Doctor *Horacio Gaitán Tovar*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Ricardo Uribe Holguín

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*, Presidente
Doctor *Evencio Posada*, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Jesús Bernal Pinzón
Fabio Calderón Botero
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Salgado Vásquez
Pedro Elías Serrano Abadía
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor *Juan Manuel Gutiérrez Lacouture,* Presidente
Doctor *Vicente Mejía Osorio,* Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

Jerónimo Argáez Castello
Alejandro Córdoba Medina
José Eduardo Gnecco C.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture
Juan Hernández Sáenz
Hernando Rojas Otálora

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor *Luis Sarmiento Buitrago,* Presidente
Doctor *Luis F. Serrano,* Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega, hasta 16 de agosto de 1977
Luis Carlos Sáchica
Guillermo González Charry
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria, hasta 30 de agosto de 1977
Hernando Tapias Rocha

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral
Susana Montes de Echeverry, Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL:	DR. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL:	DR. MANUEL ANTONIO VANEGAS M.
RELATOR PENAL:	DR. HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR CONSTITUCIONAL:	DRA. MARIA TERESA GARCES DE ANGEL

TOMO CLV — Bogotá — Colombia — Enero a Diciembre de 1977 — Número 2396

SALA DE CASACION CIVIL

SIMULACION

Confesión del menor y del curador ad litem. Error de derecho en la apreciación de la confesión. Donaciones entre esposos y por causa o razón de matrimonio

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 4 de marzo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por FRANCISCO RESTREPO IDARRAGA frente a NELLY DEL SOCORRO LOPEZ DE RESTREPO.

I

Antecedentes

1. Joaquín Pablo López y María del Carmen Ospina contrajeron matrimonio católico el 5 de abril de 1948, en la Iglesia Parroquial de Támesis, Departamento de Antioquia.

Dentro de esta unión connubial los contrayentes procrearon a Nelly del Socorro López Ospina, cuyo nacimiento ocurrió en esa misma ciudad el 25 de enero de 1956.

2. El 22 de julio de 1972, mediante Escritura pública número 182 que en esa fecha se otorgó en la notaría de la sobredicha

ciudad antioqueña de Támesis, y que se inscribió el 21 de agosto siguiente en la Oficina de Registro de allí, se ajustó entre Francisco Restrepo Idárraga y la menor Nelly del Socorro López Ospina, representada ésta en dicho acto por su madre Carmen Ospina de López, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) el primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquél, 32 hectáreas de la finca rural denominada "Alhacena" y una casa de habitación ubicada en el área urbana de esa población, inmuebles comprendidos dentro de las especiales alindaciones consignadas en el respectivo título escriturario;

b) expresó el enajenante que el dominio sobre los dos inmuebles que transfería los había adquirido así: por compra que hizo a Antonio Estrada Domínguez según Escritura número 337 de 19 de octubre de 1969, el primero; y el segundo, por adjudicación que se le hizo en el proceso sucesorio de su esposa María Isabel Restrepo;

c) acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de ciento treinta mil pesos ($ 130.000.00), que en ese acto el vendedor declaró "tener recibidos de contado de manos de la compradora a su entera satisfacción, en dinero efectivo"; y

d) mediante la cláusula quinta de dicho pacto, manifestó el vendedor que "desde esta fecha, hace entrega real y material de los bienes vendidos a la compradora con todas las mejoras y anexidades correspondientes y con todos los usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas que tengan legalmente constituidas".

3. Francisco Restrepo Idárraga, a la sazón viudo y de "ochenta (80) años de edad" según lo expresa el acta respectiva, se unió en matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica el 26 de julio de 1972, con la menor Nelly del Socorro López Ospina, cuya edad frisaba entonces en 16 años.

4. Mediante escrito de 30 de julio de 1974, dirigido al Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, la citada menor Nelly del Socorro López de Restrepo, asistida por el curador ad litem que al efecto ella designó, demandó en proceso de separación de bienes a su esposo Francisco Antonio Restrepo Idárraga, afirmando que éste había abandonado totalmente sus deberes de esposo.

III

El litigio

1. Así las cosas, mediante libelo de 21 de octubre de 1974 y que por competencia correspondió conocer al mismo Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, el mentado Francisco Restrepo Idárraga citó a proceso ordinario de mayor cuantía a su esposa Nelly del Socorro López de Restrepo, a efecto de que la justicia hiciera las siguientes declaraciones:

a) que el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 182 de 22 de julio de 1972, de la notaría de Támesis, ajustado entre el demandante como vendedor y la demandada como compradora, es relativamente simulado;

b) que el verdadero acto contenido en ese instrumento escriturario es una donación;

c) que dicha donación es absolutamente nula en cuanto excede a la suma de dos mil pesos, por falta de insinuación;

d) que se decrete la cancelación del registro de la escritura pública referida; y

e) que se impongan a la demandada las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los que sustancialmente quedan sintetizados en los siguientes:

a) Restrepo Idárraga y la menor Nelly del Socorro López establecieron, a principio del año de 1970, relaciones amorosas que culminaron en 1972 con la celebración de matrimonio católico entre ellos;

b) cuatro días antes de contraer dicho matrimonio "y en consideración a él", el demandante, por la referida Escritura 182 de 22 de julio de 1972, expresó vender a favor de la demandada los dos inmuebles que el citado instrumento relaciona por su situación y linderos;

c) muy a pesar de que para entonces los bienes tenían un valor comercial superior a $ 250.000.00, en la referida escritura se hizo figurar como precio total de ellos la suma de $ 130.000.00, precio este que, sin embargo de haberse expresado lo contra-

rio, Restrepo Idárraga no recibió de la aparente compradora, ni de la madre de ésta, pues no hubo de parte del primero intención de enajenar, ni de las segundas intención de comprar. "Fui movido a firmar la escritura de que se viene hablando —asevera el demandante— en consideración a la celebración del matrimonio con Nelly del Socorro", el cual evidentemente se llevó a cabo cuatro días después;

d) mediante al hecho sexto de su demanda, expresa el demandante que por la época del otorgamiento de la sobredicha Escritura número 182 tanto la demandada, como sus padres Joaquín Pablo López y Carmen Ospina, no tenían capacidad económica suficiente para adquirir los inmuebles a que se ha hecho alusión, puesto que "apenas sí poseían y aún poseen un solar pequeño con casa de habitación, con un avalúo catastral de $ 13.000.00; además las rentas del cónyuge Joaquín Pablo, no ascendían a más de $ 100.00 semanales; María del Carmen igualmente carecía de rentas y la menor Nelly tampoco poseía ni tenía patrimonio ni rentas"; y

e) que la armonía en el hogar formado por Restrepo Idárraga y la menor Nelly del Socorro fue muy fugaz, "ya que bien pronto se presentaron las desavenencias, debido al total abandono de los deberes de esposa de la demandada".

3. En su oportuna contestación a la demanda la demandada, por conducto del curador **ad litem** que ella designó, luego de aceptar como ciertos la mayoría de los hechos afirmados por el actor, se opuso a todas las súplicas de éste.

Expresó que la compraventa que el demandante califica de simulada es real, que tuvo el precio que la escritura indica, el cual ella pagó, y que aceptando, "en gracia de discusión, que el contrato que celebró el demandante, fue el de donación", ésta es válida por cuanto no requería de insinuación, dado que las donaciones por causa de matrimonio entre cónyuges, se rigen por normas especiales.

4. Durante la etapa probatoria del proceso el juzgado del conocimiento, a instancia del demandante quien expresó fundarse en la preceptiva del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, dispuso la citación de María del Carmen Ospina de López, quien "intervino directamente en el acto jurídico plasmado en la Escritura pública Nº 182 de julio 22 de 1972, materia del **sub judice**".

La así citada advino al proceso; y por conducto de apoderado dio contestación a la demanda en los mismos términos en que lo había hecho su hija demandada.

5. Replicada pues la demanda, con aducción de pruebas por todos los litigantes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado de la causa le puso fin con su sentencia de 12 de agosto de 1975, mediante la cual resolvió la controversia así:

a) declaró la simulación del contrato de compraventa contenido en la Escritura número 182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támesis; b) resolvió que "el verdadero contrato" contenido en el citado documento "es una DONACION"; c) estimó que éste se hizo "entre cónyuges" y por esto se abstuvo de decretar la nulidad deprecada; d) dispuso el pago "de los impuestos de donación"; e) ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y el registro de su sentencia; y f) finalmente condenó al demandante el pago de las costas causadas en la instancia.

6. Como efecto de la apelación interpuesta por ambas partes contra lo así decidido, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, en sentencia de 4 de marzo de 1976, desató la alzada así:

a) confirmó las decisiones contenidas en las letras a), b) y e) del fallo apelado; revocó todas las demás resoluciones de la sentencia recurrida, y en su lugar decretó la nulidad de la donación que descubrió en la precitada Escritura Nº 182, en lo que excede de $ 2.000.00, disponiendo por tanto que la donataria "seguirá en carácter de comunera con su legítimo esposo Francisco Antonio Restrepo sobre los bienes descritos en la referida escritura, en proporción de $ 2.000.00 para la señora y de $ 128.000.00 para el varón demandante"; y finalmente condenó a la demandada al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de compendiar los antecedentes del litigio y el desarrollo del proceso, el Tribunal inicia las motivaciones de su sentencia con algunas consideraciones de orden general en torno a diferentes aspectos de la teoría de la simulación de los actos jurídicos.

Y apoyando su aserto tanto en el petitum como en la causa petendi expresados en la demanda inicial del proceso, afirma el sentenciador que las súplicas principalmente deducidas en ésta se contraen a la declaración de simulación relativa del contrato contenido en la Escritura pública número 182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támesis, pues se busca la declaración de que no hubo compraventa, como reza dicho título, sino una donación.

2. Observa en seguida el juzgador ad quem que como al contestar la demanda, y luego al absolver un interrogatorio, la demandada aceptó que lo realmente acordado en el acto atacado fue una donación, el debate se reduce a saber si ésta es o no jurídicamente eficaz, o, en otros términos, "si hubo escritura pública, por tratarse de inmuebles, y si hubo permiso judicial en caso de necesitarse".

Orientado pues por este razonamiento, asevera el sentenciador que sí se observó el requisito de la escritura; pero que como se omitió la formalidad de la insinuación a que se refiere el artículo 1458 del C. C., la que a su juicio era legalmente necesaria en la donación hecha, debe declararse la nulidad deprecada y que el a quo negó.

3. Considera el Tribunal, y son estos los argumentos que esgrime para rechazar la tesis sostenida en el fallo de primera instancia, que si el artículo 1845 del C. C. preceptúa que las donaciones por causa de matrimonio "están sujetas a las reglas generales de las donaciones", debe concluirse que "necesitan del mismo modo el permiso judicial": que el artículo 1463 ibídem según el cual no requieren insinuación "las donaciones que, con los requisitos debidos, se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales" es inaplicable en el presente caso, porque, dice el ad quem, este precepto regula únicamente las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales "y su alcance no puede extenderse más allá de lo contemplado en sus términos y en su espíritu".

Añade la sentencia que como en la Escritura Nº 182 "nada se djo sobre que se trataba de una donación por causa de matrimonio, sino más bien, de una compraventa, y por ello, al descubrirse la gratitud (sic) y no haberse expresado la causa no debe tratársele como donación con causa onerosa en razón de matrimonio, sino como donación enteramente gratuita", y, por tanto, sometida al requisito de la insinuación establecido por el artículo 1458 ejusdem.

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la parte demandada. En la respectiva demanda y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, los que la Corte entra a estudiar y despachar en el mismo orden en que vienen propuestos.

Cargo primero

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1443, 1458, 1460, 1461, 1766, 1845 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil; 1849, 1857, inciso 2º y 1602 de la primera de estas dos codificaciones, por falta de aplicación, "como consecuencia de errores tanto de hecho como de derecho cometidos en la apreciación de la prueba".

2. En la sustentación del cargo al impugnante, después de recordar que frente a la súplica principalmente deprecada en la demanda el sentenciador ad quem se limitó a aseverar que la simulación relativa estaba confesada por la demandada Nelly del Socorro López de Restrepo, y que con base en ese razonamiento confirmó la resolución respectiva, expresa que evidentemente este reconocimiento lo hizo la de-

mandada tanto al contestar la demanda, como en los interrogatorios por ella absueltos el 26 de septiembre de 1974 y el 20 de enero del año siguiente.

Añade la censura que no obstante ser esto cierto, al atribuir pleno valor y eficacia probatoria a esa confesión al Tribunal "cometió un error de hecho, primero, y uno de derecho luego".

3. Hace consistir el yerro fáctico en que el ad quem, al razonar así, no tuvo en cuenta que según el acta correspondiente Nelly del Socorro López nació el 25 de enero de 1956, es decir, que para las fechas en que contestó la demanda y absolvió los interrogatorios a ella formulados era menor de edad, "y que ni aún entonces había adquirido la calidad de habilitada de edad que por ministerio de la ley vino a corresponderle después, a raíz de haber entrado en vigencia el artículo 46 del Decreto 2820 de 1974, lo que ocurrió el 4 de febrero de 1975 que fue cuando ese estatuto fue promulgado".

Concretando el yerro de jure que denuncia, dice el censor que éste consistió en que el Tribunal, infringiendo la primera de las reglas del artículo 195 del C. de P. C., le dio validez y le atribuyó pleno mérito probatorio a la confesión de una persona que, cuando la hizo, carecía de capacidad legal para ello y de poder dispositivo sobre el derecho que resulta de lo confesado.

"Si, pues, como se deja demostrado, —dice el censor— el Tribunal se fundó en una prueba que carece del requisito exigido por la regla 1ª del artículo 195 del C. de P. C. para su validez y desde luego para su eficacia, quiere decir entonces que es falsa la premisa menor del silogismo acogido por el Tribunal, y ello sólo es suficiente para privar de toda fuerza dialéctica y jurídica a la declaración o conclusión del aludido silogismo, esto es, la de que se realizó la simulación invocada en la demanda... Con semejante razonamiento no podía el Tribunal declarar que el acto contenido en la Escritura 182 era una donación y no una venta, ni declarar tampoco a renglón seguido que la donación así descubierta era nula por falta de insinuación y en la medida en que excedió de la suma de $ 2.000.00".

4. Rematando la formulación de la censura, aclara el impugnador que "todo lo que se deja dicho en torno a este primer cargo, es bajo el supuesto de que la confesión que el Tribunal tuvo en cuenta fue la de la demandada"; pero que en el evento de que hubiera considerado esa confesión como hecha no por ella sino por su curador, entonces también habría incurrido en error de derecho al quebrantar el artículo 70 de ese mismo estatuto, conforme al cual los curadores ad litem carecen de facultad para disponer del derecho en litigio, y, por ende, de capacidad para confesar.

Se considera

1. La confesión, como medio de prueba, consiste en la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria. Y puede ser, según lo indica el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, judicial o extrajudicial: reviste el primer carácter si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, que no necesariamente debe ser al que conoce del proceso en que dicho medio se aduce como elemento de convicción; y adquiere el segundo cuando se efectúa en cualquiera otra ocasión.

Ora se trate de la judicial o ya de la extrajudicial, para que la confesión sea legalmente válida y pueda por tanto producir efectos jurídicos, es menester que se ajuste a los requisitos que para ella exige el artículo 195 ibídem. El primero de ellos consiste, a términos del numeral 1º de esta norma, en que la confesión sea hecha por quien "tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulta de lo confesado".

Y como el precepto legal transcrito exige dicho requisito sin distinguir la capacidad absoluta de la relativa, debe seguirse que la validez de la confesión como medio de prueba requiere que el confesante no sea incapaz absoluta ni especialmente. La plena capacidad para confesar es la misma capacidad civil general requerida para demandar y ejecutar actos procesales válidamente; la capacidad especial se refiere a los casos en que la ley reconoce valor a la confesión de los incapaces relativos.

2. De lo anterior resulta que cuando quien confiesa carece de capacidad, la con-

fesión no es válida por faltarle ese requisito.

El menor adulto no habilitado de edad carece, en principio, de capacidad jurídica, y, por lo mismo, su confesión no tiene validez. Al contrario, el adulto que ha obtenido habilitación de edad sí tiene capacidad jurídica general, y por ello puede confesar válidamente en proceso o fuera de él, a menos de que la confesión verse sobre alguno de los actos que por disposición expresa de la ley no puede ejecutar libremente dicho menor.

3. Por cuanto confesar una obligación es tanto como enajenar o disponer de un derecho, la confesión del apoderado judicial sólo obliga a su mandante cuando aquél haya recibido de éste expresa facultad para hacerla, auncuando, según dice el artículo 197 ejusdem, dicha autorización se "presume para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones".

El anterior precepto no es empero aplicable a los curadores ad litem, desde luego que el artículo 70 ibídem, norma especialísima y por tanto de aplicación preferente, estatuye que aquéllos tendrán las mismas facultades que asisten a los apoderados judiciales, "salvo las de sustituir, recibir y disponer del derecho en litigio" (subraya la Corte).

Lo cual significa que la confesión del curador ad litem no produce efectos jurídicos en contra de su representado, pues en tal supuesto el confesante carece de capacidad jurídica para confesar en nombre de éste y, por ende, no tiene poder dispositivo sobre el derecho del pupilo que resulte de lo confesado.

Por lo demás, como lo ha dicho la Corte, el curador ad litem "no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce las funciones de curador ad litem y como cuando no se trata de una confesión sobre un hecho propio o personal de quien la hace, la ley sólo le otorga validez en ciertas condiciones a la confesión que hace, entre otras, el representante legal de una persona, o sea quien por ministerio de la ley en forma general y permanente tiene en juicio y fuera de juicio la representación de otro, es claro que las aseveraciones o declaraciones que al contestar la demanda hubiese hecho el curador ad litem no tienen la calidad de confesiones en relación con el demandado del cual es curador ad litem, no perjudica a aquél y no forman de consiguiente, por sí solas, plena prueba en contra del dicho del demandado" (LXIX, 40).

En oportunidad posterior la Corte reiteró la anterior doctrina, como aparece de la sentencia de 18 de septiembre de 1970, que con ponencia del H. Magistrado José María Esguerra Samper profirió en el proceso ordinario de José Darnaúm Tangarife contra Rubiera Duque de Rivera (CXXXV, 154 y 155).

4. En el caso de este proceso el Tribunal de Medellín, para dar por demostrada la simulación del contrato contenido en la Escritura Pública Nº 182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támesis, se apoyó en la confesión que al respecto hizo en la contestación de la demanda el curador ad litem de la menor demandada Nelly del Socorro López de Restrepo; y en la que esta misma efectuó al absolver los interrogatorios que a ella se sometieron el 26 de septiembre de 1974 y el 20 de enero del año siguiente.

Pero si, como lo tiene averiguado la doctrina, el error de derecho se configura cuando el sentenciador, sin alterar la realidad objetiva que las pruebas ostentan, al ponderar la validez de éstas falta a la fidelidad jurídica que las pertinentes normas legales establecen para ellas, se impone aceptar que en el presente caso el Tribunal incurrió en el yerro de la estirpe dicha, puesto que contrariando los mandatos de los artículos 70 y 195 del Código de Procedimiento Civil, atribuyó mérito demostrativo a la confesión del curador ad litem de la menor demandada Nelly del Socorro López; y a la que ésta misma hizo cuando aún era menor, sin estar todavía habilitada de edad, y por tanto carente de capacidad para confesar. El error de derecho se concreta, entonces, en haber otorgado validez a la confesión de quienes a la sazón no tenían capacidad para hacerla ni, por lo mismo, poder dispositivo sobre el derecho que resultó de lo confesado.

5. Pero si bien el error de derecho denunciado frente a la apreciación de la confesión se encuentra ciertamente configu-

rado, dada su trascendencia, no es él sin embargo suficiente para aniquilar la sentencia impugnada, puesto que múchas otras pruebas que el proceso contiene estructuran la base indestructible para apoyar en ella la declaración de simulación contractual deducida en dicho fallo.

Con apoyo en la normación positiva contenida en el artículo 374 del C. de P. C., en doctrinas que son muchedumbre, ha sostenido exhaustivamente la Corte que para que un error de apreciación probatoria incida en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la que la ley sustancial establece para el caso litigado; o, lo que es lo mismo, que no es posible quebrar la sentencia combatida cuando el error de derecho demostrado frente a una prueba, o el de hecho, no trasciende a las demás que el proceso contiene y que autorizan y aún impulsan al juez a proferir idénticas resoluciones.

6. En el caso de este proceso acontece, en efecto, que aún prescindiendo de las referidas confesiones cuya apreciación evidentemente se hizo contrariando la ley probatoria, otros elementos de convicción conducen a demostrar eficazmente que el contrato contenido en la sobredicha Escritura número 182 de 22 de julio de 1972 es relativamente simulado; que no corresponde ciertamente a la compraventa que en él se describe, sino que lo plasmado en dicho instrumento escriturario es una donación.

Eso es, exactamente, lo que en forma razonada y concorde exponen los testigos Carlos Cárdenas, Alfonso Martínez Martínez, Roberto Montoya Valencia, Samuel Arturo Monsalve, Juan de Dios Martínez, Jesús María y Luis Eduardo Uribe. Todos estos declarantes, dando la razón de la ciencia de su dicho, aseveran categóricamente que por la época en que se otorgó la referida escritura pública tanto la menor Nelly del Socorro López, como los padres de ésta Joaquín Pablo López y María del Carmen Ospina, carecían de capacidad económica para adquirir bienes por el valor de que dicho instrumento habla; que "toda la vida han sido pobres"; que el "señor López tiene una casita y una media cuadrita de tierra, pero tiene que trabajar al jornal para sostener a su familia"; y que dada su pobreza, no tenían, ni remotamente, medios económicos para adquirir en 1972 bienes de valor considerable.

El mismo padre de la menor demandada, Joaquín Pablo López, al absolver el interrogatorio que a él sometió el demandante en enero de 1975, después de reconocer su pobreza, al responder una de las preguntas formuladas, sin ninguna evasiva aseveró que "Don Francisco le regaló a mi hija Nelly López esa finca y esa casa. Se la regaló regalada"; expresó además, que como él no tenía "de donde", no prestó a su hija "dinero para comprar la casa y la finca".

Aceptada como lo está por la jurisprudencia de la Corte la libertad probatoria en materia de simulación, los anteriores testimonios dan base suficiente para mantener la decisión contenida en la sentencia del Tribunal de Medellín.

Además de los anteriores elementos de prueba, obra también en el proceso la confesión de María del Carmen Ospina de López, madre de la menor Nelly López y quien también fue demandada la que en el interrogatorio de parte absuelto el 20 de enero de 1975, refiriéndose a la precitada Escritura Nº 182 de 22 de julio de 1972, en forma terminante expresó: "Eso no se lo compramos porque él (Francisco Restrepo) se lo regaló a ella (alude a su hija Nelly), nosotros no teníamos dinero para comprar esos bienes".

Todos los elementos de prueba referidos, y otros más que el proceso contiene y que resultaría superfluo compendiar, conducen inequívocamente a demostrar, como lo deduce la sentencia impugnada, que la Escritura número 182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támesis, contiene en realidad un acto de donación y no uno de compraventa como allí aparece.

7. Corolario de lo atrás expuesto es el de que el cargo que aquí se estudia resulta ineficaz; de consiguiente, así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de este fallo.

Cargo segundo

1. Con éste el impugnador acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por

aplicación indebida, de los artículos 1458, 1460, 1461, 1740, 1741 y 1845 del Código Civil; y del precepto 1463 ejusdem, por inaplicación.

2. Estima el censor, y así lo asevera en sustentación de este cargo, que al contrario de lo que la sentencia impugnada sostiene en el punto, es procedente hacer extensiva a las donaciones por causa de matrimonio la exoneración de la formalidad de la insinuación judicial, que el artículo 1453 del C. C. consagra para las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales.

Explanando la tesis que pregona y cuyo prohijamiento por la Corte implora, asevera el recurrente que ella "encuentra positivo apoyo en razones de orden lógico, pues no es razonable que, tratándose de todos modos de donaciones por causa de matrimonio, la circunstancia de que la una vaya incluida en la escritura de capitulaciones, y la otra no, sea motivo bastante para que la primera no exija insinuación, y la segunda sí la reclame so pena de nulidad, tanto más cuanto que al artículo 1771 no es opuesto a que las capitulaciones matrimoniales tengan como finalidad exclusiva las donaciones entre los esposos"; que el control cuantitativo de las liberalidades excesivas, ejercido a través del requisito de la insinuación, "pueda tener razón respecto a las donaciones comunes entre vivos reguladas en el título 10 del libro tercero del Código Civil, pero no la puede tener tratándose de las donaciones por causa de matrimonio que se hagan los esposos entre sí, pues para ellas sí existe una limitación cuantitativa que las prohíbe y hace nulas cuando sobrepasan" la proporción indicada por el artículo 1844 ibídem, o sea cuando excedan "el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare".

3. Cree la censura que en nada se opone a la tesis que ella predica la preceptiva del artículo 1461 del C. C., ni la del texto 1845 ibídem.

No la primera, dice, porque aquel precepto se refiere a las donaciones con causa onerosa, "entre las cuales no pueden figurar las donaciones entre esposos por causa de matrimonio, las cuales no son onerosas o modales, sino gratuitas aunque condicionales (Art. 1845, inciso segundo)"; y tampoco, la segunda, es decir la del texto 1845, porque este precepto es una "norma remisoria, que no precisa cuales reglas generales de las donaciones son las que manda que se apliquen a las donaciones por causa de matrimonio, y que por lo mismo deja al intérprete toda definición al respecto". De lo cual deduce que si el artículo 1463 "exime a todas las donaciones por causa de matrimonio de la formalidad de la insinuación, es imposible hallar en el 1845 base para sostener que tal insinuación sí les es indispensable, y por lo mismo esta última disposición resulta indebidamente aplicada en el caso considerado en la presente oportunidad".

Se considera

1. En el panorama de los negocios jurídicos aparece, como una clara proyección del atributo de disposición que caracteriza al derecho de propiedad, la donación entre vivos, la que al decir del artículo 1443 del Código Civil consiste esencialmente en el acto por el cual una persona se obliga a transferir, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.

Pero el derecho positivo en Colombia sólo reconoce como válidas, y por ende sólo a ellas atribuye efectos jurídicos, las donaciones entre vivos que se hagan con observancia de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, los que, como lo tienen averiguado la doctrina y la jurisprudencia, se justifican por motivos de orden superior; bien por el interés del propio donante que exige evitar la ruptura del plano de equilibrio, correspondencia y proporción de la liberalidad con las facultades del donante, quien como es natural debe conservar medios adecuados a su futura congrua subsistencia; o bien por interés de la familia del donante, cuyos parientes más próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su patrimonio; o bien por el interés de los acreedores, a quienes, al través de donaciones excesivas, pueden menoscabarse la prenda general que tienen sobre los bienes de su deudor.

2. Dentro de las formalidades requeridas por la ley para la validez y eficacia de la

donación entre vivos emerge con perfiles de singular relievancia la insinuación judicial, cuyo origen arranca del Derecho Romano en el que se le atribuyó como fin principal el de asegurar, en interés de terceros, la publicidad de las donaciones y proteger, al mismo tiempo, al propio donante y a su familia contra liberalidades ruinosas o determinadas por motivos ocultos.

Según el artículo 1458 del Código Civil Colombiano, "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y sera nula en el exceso. Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal".

No obstante el carácter general que mediante la norma transcrita el legislador atribuyó a la obligatoriedad de la insinuación para las donaciones de más de dos mil pesos, dicha formalidad aparece requerida expresamente para algunas donaciones específicas: así ocurre, según lo preceptúa el artículo 1460, con la "donación a plazo o bajo condición"; con las que, a términos del artículo 1461, se denominan "donaciones con causa onerosa", dentro de las cuales se enlistan las que se hagan "por razón de matrimonio"; con las llamadas "donaciones a título universal" (Art. 1464); con las que, según lo requiere el artículo 1467, revisten el carácter de "donaciones fideicomisarias"; y también, según lo manda el Art. 1491, con las "donaciones remuneratorias" en cuanto ellas excedan el valor indicado atrás.

En cambio, por disposición expresa del artículo 1463 ibídem no hay necesidad de esta formalidad de la insinuación para la validez de las donaciones que, "con los requisitos debidos, se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales... cualquiera que sea la clase o el valor de las cosas donadas".

3. De la preceptiva legal contenida en el numeral precedente, claramente resulta que las donaciones hechas "por razón de matrimonio" sí requieren para su eficacia el requisito de la insinuación judicial (Art. 1451); y que, en cambio, no es necesaria dicha formalidad para las donaciones que se hagan "los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales" (Art. 1463).

Mirados tales dos textos legales con la estrictez jurídica que el caso aquí litigado requiere, no puede decirse inequívocamente, como lo pretende la censura, que por ser contradictorios entre sí el segundo recoge lo que el primero dispone en cuanto a las donaciones por razón de matrimonio; ni menos que aquél sea el único aplicable, cuando quiera que se trate de donaciones en las que el futuro matrimonio haya sido el motivo que impulsó al esposo donante para hacerla.

A más de que cada una de dichas dos normas se halla concebida en términos diferentes y alude a circunstancias fácticas distintas, por lo que la apuntada contradicción resulta más aparente que real, es lo cierto que la doctrina nacional, fundada en el contenido de tales dos disposiciones, siempre ha distinguido, a efecto de dar a cada cual el tratamiento jurídico que le es propio, las donaciones entre esposos y las que se hacen éstos por causa o razón de matrimonio.

4. Al decir del artículo 1463 citado las donaciones entre esposos, es decir, entre los que van a casarse, para cuya validez no requieren insinuación, son las que éstos se hacen "uno a otro en las capitulaciones matrimoniales" y no en ocasión diferente.

La propia definición que la ley da de las capitulaciones matrimoniales, expresa que éstas pueden referirse "a las donaciones y concesiones" que los futuros contrayentes quieran hacerse el uno al otro (Art. 1771). De suerte que en las dichas capitulaciones los esposos pueden hacerse donaciones, las que, si bien quedan sujetas a la condición de que se celebre el matrimonio, no están sujetas a insinuación por así expresarlo el precito artículo 1463, "ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o el valor de las cosas donadas".

Pero como según lo establece el artículo 1780 ejusdem, en la escritura contentiva de las capitulaciones matrimoniales debe aparecer consignada la relación de los bienes que se aporten al matrimonio con expresión de su valor, como las deudas que cada uno de los esposos tiene, o la constancia notarial de que se les recordó tal obligación a los contratantes cuando ella no ha sido cumplida, la ausencia de tales inven-

tarios y constancia no autoriza a reconocer el pacto de capitulaciones matrimoniales mi, por ende, la existencia de donaciones entre esposos, reglamentadas por el sobredicho artículo 1463.

5. Las donaciones "por razón de matrimonio" o "por causa de matrimonio" a que aluden los artículos 1461 y 1845 del C. C., que lo contrario de las anteriores sí están sometidas por la ley al requisito de la insinuación judicial, son, no ya las que se hacen los esposos en las capitulaciones matrimoniales, sino las que antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él efectúa un esposo al otro (Art. 1842).

Mas, según lo indican los artículos 1461 y 1843 del C. C., para que pueda decirse que existe donación por causa o razón de matrimonio, es preciso que la escritura pública en la cual se plasma el acto respectivo contenga la expresión de la circunstancia de haberlo sido en consideración al matrimonio. Lo cual significa, como lo asevera Hernando Carrizosa Pardo, que "la expresión de la causa en estos contratos tiene la categoría de mención sustancial, porque sin ella no se les reconocerá la naturaleza propia de ser por causa del matrimonio, ni se les aplicará la norma respectiva" (Sucesiones y Donaciones. Edición de 1965, pág. 521).

A términos de lo estatuido por el mismo artículo 1461 en la parte final de su primer inciso, cuando en las donaciones con causa onerosa, entre las cuales se incluyen las que se hacen "por razón de matrimonio", no se expresa el motivo determinante, "se considerarán como donaciones gratuitas", locución esta que significa que sólo valen como donaciones puras y simples y por tanto sometidas al régimen general de las donaciones entre vivos, antes que al especial de las que tienen causa onerosa.

6. Si, pues, como quedó dicho en las consideraciones del numeral 4º de esta providencia, el régimen exceptivo que en relación con la insinuación judicial consagra al artículo 1463 del C. C., sólo rige para las donaciones que se hagan los esposos "en las capitulaciones matrimoniales", como clara y terminantemente lo expresa dicho texto, debe seguirse que tal precepto es inaplicable en el presente caso, por cuanto la Escritura pública número 182 de 22 de julio de 1972 no contiene estipulación alguna que autorice asimilarla al pacto de capitulaciones matrimoniales. Consecuencialmente no puede decirse inequívocamente que el fallo impugnado quebrantó, por inaplicación, dicho precepto legal.

No aplicó el Tribunal en su fallo la primera parte del artículo 1461 ibídem, que, aunque sin eximirlas del requisito de la insinuación, reglamenta especialmente las donaciones con causa onerosa. Por ello resulta inadmisible acusar la sentencia por aplicación de una norma sustancial que no se hizo actuar en la decisión combatida. Dijo el ad quem, en efecto, que como en la Escritura número 182 "nada se dijo sobre que se trataba de una donación por causa de matrimonio, sino más bien, de una compraventa, y por ello, al descubrirse la gratitud (sic) y no haberse expresado la causa no debe tratársele como donación con causa onerosa en razón de matrimonio, sino como donación enteramente gratuita".

Descubierta que fue por el sentenciador la donación contenida en la sobredicha Escritura Nº 182, conclusión que la censura acepta en este cargo, ante el rechazo que aquél hizo de ser donación hecha por un esposo a otro en capitulaciones matrimoniales, y también de serlo con causa onerosa, no queda otra alternativa que considerarla, como evidentemente la estimó la sentencia, como donación gratuita, para en consecuencia someterla al régimen general de la insinuación requerido por el artículo 1458 del C. C. No hubo, pues, quebranto de esta norma.

Por lo dicho, este segundo cargo resulta también infundado.

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 cuatro (4) de marzo de mil novecientos seten-

ta y seis (1976), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso extraordinario por razón de la rectificación doctrinaria hecha (artículo 375 Código de Procedimiento Civil).

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alvaro Rivera Concha (Conjuez).

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.



RECURSO DE REVISION

Casos en que ocurre nulidad por falta de notificación o emplazamiento. Saneamiento de nulidades procesales

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén)

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la sociedad "HOTEL AMERICANO LIMITADA" contra la sentencia de 20 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso de lanzamiento instaurado por "ATLANTIC AND INTERNATIONAL FINANCE LIMITED" frente a la entidad "CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LTDA."

I

Antecedentes

1. Mediante la Escritura pública número 3.307 de 23 de septiembre de 1965, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá e inscrita en la Oficina de Registro de Cartagena el 8 de octubre siguiente, se ajustó entre "Casino Turístico de Cartagena Limitada", sociedad constituida, según lo expresa el respectivo certificado de la Cámara de Comercio, por Escritura número 2110 de 27 de diciembre de 1956 de la Notaría 1ª de Cartagena, y "Hotel Americano Limitada", entidad constituida por Escritura pública "número uno (1) de once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), otorgada ante el señor Secretario de la Embajada de Colombia, y en ejercicio de las funciones consulares, en Montevideo", el contrato de arrendamiento cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) la primera sociedad, representada en ese acto por José Luis Mateo Fernández, "en su condición de propietaria" dio a dicho título a la segunda, representada ésta por Néstor Preliasco, "de conformidad" con la Escritura número 5 de 25 de mayo de 1965, otorgada ante el Notario Público de San Juan (Puerto Rico), "la totalidad del edificio, donde funciona el Hotel mencionado y el 'CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA', ubicado en la Avenida San Martín, Barrio de Bocagrande" de dicha ciudad, inmueble comprendido dentro de las especiales alindaciones que allí se consignan;

b) acordaron los contratantes que el plazo de duración del arrendamiento sería de nueve (9) años, "prorrogables indefinidamente por voluntad de las partes, siendo suficiente para ello el consentimiento tácito de los mismos al vencimiento del contrato";

c) como precio del arrendamiento estipularon la suma de $ 15.000.00 mensuales, que la arrendataria se comprometió a pagar a su arrendadora "por mensualidades vencidas", no solamente durante el término inicialmente pactado "sino por todo el tiempo que tenga la finca en su poder a cualquier título";

d) expresamente se facultó a la arrendataria para utilizar el inmueble "en lo que estime conveniente, siempre que ello sea lícito de acuerdo con las Leyes Colombianas"; y para subarrendarlo, "por un plazo o duración que no sea superior al fijado en este contrato"; y

e) finalmente, mediante la cláusula 8ª de dicho pacto, expresaron los contratantes que "las mejoras que haga el arrendatario en el inmueble arrendado se obliga al

arrendador o sea el propietario y quien lo suceda en sus derechos a reconocerlas al arrendatario, mediante justiprecio, que fijarán las partes contratantes, mediante dos peritos nombrados uno por cada una de ellas".

2. Mediante documento privado suscrito en Cartagena el 12 de abril de 1965, protocolizado luego por la Escritura pública número 406 de 13 de marzo de 1972, otorgada en la Notaría 1ª de allí, se acordó entre las sociedades "Atlantic and International Finance Limited Nassau - Bahamas", representada por Vicente Gallo Gallo, y "Casino Turístico de Cartagena Limitada", representada por José Luis Mateo, apoderado general de la compañía y Fabián Mateo, subgerente de ésta, "por ausencia del gerente JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, quien se encuentra actualmente en Puerto Rico", el contrato cuyas más importantes estipulaciones son:

a) la segunda compañía declaró haber recibido de la primera desde el 1º de enero de ese año, a título de mutuo, la suma de US$ 70.000.00, sobre la que se comprometió a "reconocer y pagar intereses mensuales del uno por ciento (1%) al mes, pagaderos, al igual que el capital, en cheque bancario sobre New York";

b) comprometióse la entidad deudora a pagar "su deuda hipotecaria con SOUTH AMERICAN FINANCIN INC, y poder así liberar el gravamen hipotecario que pesa sobre el edificio del Casino Turístico de Cartagena Ltda., los solares y la dotación inamovible";

c) para "garantizar el préstamo recibido", la entidad deudora se comprometió a "ceder en venta a Atlantic and International Finance Limited el edificio, los doce (12) solares y la dotación inamovible", bienes todos estos que entonces estaban sometidos al gravamen hipotecario de que se habló en el literal anterior;

d) por su parte, la sociedad "Atlantic and International Finance Limited" se comprometió "a retrovender" a "Casino Turístico de Cartagena Limitada", durante los primeros tres años contados a partir de la fecha del préstamo sobredicho, o sea desde el 1º de enero de 1966 hasta el 31 de diciembre de 1968, por el mismo precio de US$ 70.000.00 "más los intereses causados que se liquidarán a la rata del 1% mensual, todos los bienes señalados en la escritura de venta";

e) por el mismo documento obligóse "Atlantic and International Finance Limited", además, "a ceder en arrendamiento al CASINO TURISTICO DE CARTAGENA, LTDA. el edificio y demás bienes señalados en la escritura de venta", por la suma de $ 60.000.00 mensuales, durante los tres años que se acordó para el pacto de retroventa;

f) mediante la cláusula 5ª de dicho contrato, convinieron los contratantes que "en caso de retroventa" Atlantic devolvería al Casino "lo recibido por arriendo previa deducción de las erogaciones" que aquélla hubiere hecho; y que en el supuesto "de no efectuarse la retroventa", Atlantic arrendaría al Casino "los bienes separados comprados" desde el 1º de enero de 1969, hasta el 31 de junio de 1974, "al mismo canon de $ 60.000.00 mensuales más el cincuenta por ciento (50%) de la diferencia del cambio de libre negociación, ajuste que se hará cada 1º de enero de cada año", y

g) estipulóse, por último, que el "Casino Turístico" quedaba comprometido a efectuar por su cuenta, sin costo alguno para "Atlantic and International Finance", la instalación del "segundo ascensor entregado por dicha firma"; a hacer todas las reparaciones necesarias para el mantenimiento del edificio donde funciona el hotel, sin que por su parte Atlantic debiera pagarlas; a no "subarrendar los bienes arrendados, ni ceder los arriendos"; y a permitir que la arrendadora inspeccionara, mientras dure el contrato de arrendamiento, "tanto el edificio como todas sus dependencias y tomar las medidas necesarias y conducentes a fin de que todo se conserve en buen estado".

3. Iniciando la ejecución de lo así pactado, el 13 de abril de ese mismo año de 1966 se otorgó, en la Notaría 1ª de Cartagena, la Escritura pública Nº 530, inscrita en el Registro de allí el 31 de mayo siguiente, mediante la cual se perfeccionó el contrato de compraventa acordado entre "Casino Turístico de Cartagena, Ltda." y "Atlantic and International Finance Limited".

Mediante este contrato la primera de estas dos compañías, representada en di-

cho acto por José Luis Mateo, "apoderado general de la sociedad" y por Fabián Mateo, subgerente de ésta y representante general de ella "por ausencia del gerente señor JOSE CARLOS BARBIERI GONZALEZ, quien se encuentra en Puerto Rico", transfirió a título de venta a favor de la segunda, por la suma de US$ 433.333.33 que la vendedora declaró haber recibido, los siguientes bienes:

a) los lotes números 2, 4, 6 y 8 de la manzana Nº 29, ubicados en el barrio Bocagrande de Cartagena, "y el edificio en ellos construido que consta de diez (10) pisos con todas sus dependencias y anexidades, incluyendo dos ascensores con todas sus instalaciones sanitarias, instalaciones eléctricas, redes telefónicas, lámparas" etc., inmueble que se encuentra dentro de los linderos que dicho título escriturario señala;

b) los lotes números 1, 3, 5 y 7 de la misma manzana 29, ubicados también en el barrio Bocagrande de esa ciudad, alindados como allí se expresa;

c) los lotes números 7 y 9 de la manzana 24 del citado barrio Bocagrande de Cartagena, inmuebles estos cuyos linderos y demás especificaciones también se consignaron en la respectiva escritura pública; y

d) los lotes números 13 y 15 de la manzana 19 del mismo barrio de la ciudad dicha, lotes comprendidos dentro de los linderos especiales que allí se consignan.

4. Posteriormente, mediante documento privado suscrito el 5 de mayo de 1966, protocolizado luego por Escritura pública Nº 407 de 13 de marzo de 1972, otorgada también en la Notaría 1ª de Cartagena, se ajustó entre las sociedades "Atlantic and International Finance Limited, domiciliada en Nassau-Bahamas", representada por Vicente Gallo Gallo, y "Casino Turístico de Cartagena Ltda.", actuando ésta por conducto de los ya citados José Luis y Fabián Mateo, el contrato de arrendamiento cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) la primera de estas dos entidades entregó a dicho título a la segunda, y ésta recibió de aquélla, los mismos bienes que le había comprado por la escritura anteriormente citada, para que la arrendataria los ocupara "con Casino de Juego, Bar, Grill y Hotel todo de primer orden con la obligación expresa de no desmejorar los niveles de su categoría";

b) acordaron los convencionistas como término de duración de dicho pacto el de "SEIS (6) meses", contados a partir del 1º de enero de 1966, "y prorrogable por treinta (30) meses más a voluntad de EL ARRENDATARIO. Vencido el plazo y la mencionada prórroga si el ARRENDATARIO desea continuar ocupando los bienes arrendados, necesariamente tendrá que celebrar un nuevo contrato con EL ARRENDADOR";

c) determinaron como cuantía del canon la suma de $ 60.000.00 mensuales, que la arrendataria se comprometió a pagar anticipadamente, dentro de los primeros 15 días de cada mes; aceptando "...que el no pago de tres (3) mensualidades del canon de arrendamiento dará derecho a EL ARRENDADOR para dar por terminado este contrato y a pedir la entrega de los bienes arrendados renunciando EL ARRENDATARIO a los requerimientos", y a reconocer a aquél, en caso de mora en el pago de las mesadas, un interés del 2% mensual; y

d) se estipuló, por último, que la arrendataria no podría "hacer mejoras de ninguna clase, ni transformaciones con adiciones, ni supresiones sin autorización previa escrita de EL ARRENDADOR..."; que "no podrá subarrendar los bienes arrendados, ni ceder los arriendos"; y que serían de su cargo los servicios de agua, luz, teléfono, lo mismo que los impuestos municipales.

5. Por medio de la Escritura pública Nº 971 de 12 de diciembre de 1968, otorgada en la Notaría 3ª de Cartagena e inscrita en el Registro de allí el 23 siguiente, el abogado Miguel Henríquez Castañeda, como liquidador de la entidad "Hotel Americano Limitada", hizo las siguientes declaraciones:

a) que por Escritura pública "número uno (1) de once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), otorgada ante el Señor Secretario Encargado de la Embajada de Colombia y en ejercicio de las funciones consulares, en Montevideo...", se había constituido "la sociedad 'HOTEL AMERICANO LIMITADA', y fueron sus integrantes las señoras HELENA GONZALEZ DE BARBIERI y ANA MARIA RUMI de BARBIERI y los señores JOSE CARLOS

BARBIERI e ISIDRO ANTONIO DOPAZO";

b) que la referida compañía no se registró en la Cámara de Comercio de Cartagena, por cuanto "el funcionario diplomático arriba citado no entregó a los socios el extracto";

c) que en razón de la omisión dicha esa sociedad no pudo "nacer regularmente", y que por tanto sólo "ha venido funcionando como sociedad de hecho por derivación, por cuyo efecto todos sus integrantes" confirieron al compareciente poder para "proceder a su disolución y liquidación";

d) que en esa condición "procede a la definitiva disolución en ese acto de la sociedad 'HOTEL AMERICANO LIMITADA', y conforme al artículo 2083 del Código Civil declara liquidadas sus operaciones hasta la fecha y lleva a término su labor teniendo en cuenta el balance general que contiene el activo y el pasivo y que aparece" en el cuadro que luego discrimina; y

e) mediante la cláusula 7ª de la referida escritura, el citado liquidador expresó que "declara disuelta la sociedad denominada 'HOTEL AMERICANO LIMITADA', con domicilio en Cartagena, Departamento de Bolívar, República de Colombia, terminada definitivamente su liquidación y fenecidas sus cuentas, y que, si quedaren algunas cuentas por pagar o reclamaciones o demandas pendientes, los adjudicatarios de los bienes de la Compañía, según este otorgamiento se hacen cargo personalmente de ese pasivo que pueda resultar, mientras se constituye la nueva sociedad que girará bajo la misma razón social de 'HOTEL AMERICANO LIMITADA', integrada por los mismos socios, que tendrá igual objetivo social e idénticas generalidades y que quedará dueña de todos los haberes que pertenecían a la Compañía que por este instrumento se disuelve".

6. En la misma fecha, o sea el 12 de diciembre de 1968, se otorgó también en la misma notaría la Escritura Nº 972, inscrita en la Cámara de Comercio de Cartagena el 18 siguiente, mediante la cual se constituyó, con una duración de 20 años y con domicilio en esa ciudad, la sociedad que giraría bajo la razón social "Hotel Americano Limitada" y cuyo objeto sería la "explotación de la rama de negocios hoteleros, como el suministro de alimentación, hospedaje, bebidas y diversiones para el incremento del turismo, la adquisición y elaboración de materias destinadas al fomento de hoteles, griles, bares, cafeterías y establecimientos similares".

En la escritura contentiva de dicho acto, se expresó que el capital de la nueva sociedad era de $ 1.000.000.00 moneda legal colombiana, dividido en 1.000 cuotas o partes de valor de $ 1.000.00 cada una, y que fue aportado y pagado "por los socios así: Helena González de Barbieri 250 cuotas por valor de $ 250.000.00; Ana María Rumi de Barbieri, 250 cuotas por valor de $ 250.000.00; José C. Barbieri González, 250 cuotas por valor de $ 250.000.00; y Néstor Julián Preliasco, 250 cuotas por valor de $ 250.000.000".

Díjose además, en dicho título escriturario, que los socios constituyentes "han aportado, como parte del capital indicado, los bienes que a ellos, señores González de Barbieri y Rumi de Barbieri y señor Barbieri González, les fueron adjudicados en la disolución y liquidación de la sociedad anterior, también en la misma razón social de HOTEL AMERICANO..."; y que el aporte de Preliasco lo pagó éste, "en parte también en efectivo y en parte con los bienes comprados al señor Isidro Antonio Dopazo y que a éste le fueron adjudicados en la liquidación de dicha sociedad...".

III

El proceso de lanzamiento

1. Mediante escrito de 30 de junio de 1972, reformado por el de 31 de julio siguiente, la citada entidad "ATLANTIC AND INTERNATIONAL FINANCE LIMITED", domiciliada en Nassau-Bahamas, representada por su apoderado general Vicente Gallo Gallo, demandó ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena a la sociedad "CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA", a efecto de que con su citación y previos los trámites del proceso abreviado, la justicia decretara en su favor la restitución de los bienes que aquélla había dado en arrendamiento a ésta, según contrato por ellas suscrito el 5 de mayo de 1966.

2. Como fundamentos de hecho de su pretensión la demandante invocó los que quedan compendiados en los siguientes:

Que la sociedad arrendataria ha incumplido las obligaciones que para ella surgieron de los contratos celebrados el 12 de abril y el 5 de mayo de 1966, puesto que hasta entonces no había instalado el segundo ascensor en el edificio; ni ha conservado éste y sus instalaciones "en el perfecto estado de servicio y presentación en que lo recibió"; ha hecho en el inmueble mejoras "sin autorización previa por escrito del arrendador"; y, finalmente, "se puso en mora en el pago de tres mensualidades del arrendamiento, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio" de 1972.

3. En su contestación a la demanda la entidad demandada, representada entonces por su gerente Santiago Espinola Ruiz, se opuso a las pretensiones de su demandante después de que negó todos los hechos invocados por ésta.

Afirmó que entre dichas dos sociedades, en relación con los bienes descritos en el libelo incoativo del proceso, se acordaron dos contratos de arrendamiento: el 12 de abril de 1966, el primero, y el segundo el 5 de mayo del mismo año; que si bien tales dos pactos son diferentes en sus cláusulas, los dos se complementan entre sí, a tal punto que en la práctica se ha venido ejecutando el de 12 de abril, desde luego que la entidad arrendataria ha venido pagando mensualmente, como canon, no la suma de $ 60.000.00 acordada en el segundo sino la de $ 67.911.00 que es la que corresponde a lo estipulado en aquél; y, finalmente, que no es cierto que hubiera incurrido en mora en el pago de las mensualidades, puesto que las que se ha negado la arrendadora a recibir las viene consignando en el Banco Popular de esa ciudad.

4. Superadas las incidencias presentadas en el trámite del proceso, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena, al que pasó el negocio por impedimento del Cuarto, le puso fin a la primera instancia con su sentencia del 14 de septiembre de 1974, mediante la cual, al hallar probadas todas las causales invocadas por la demandante para obtener el lanzamiento, decretó la restitución pedida por ésta y condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

5. Apelada que fue dicha providencia por la parte desfavorecida con ella el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, el que, una vez agotado el trámite del recurso, confirmó la sentencia apelada con costas de la instancia a cargo de la demandada, mediante la suya proferida el 20 de febrero de 1975.

Apoyó su decisión el ad quem en la consideración de que, como la arrendataria, en relación con el pago de los arrendamientos hecho por consignación en el Banco Popular, no notificó a la arrendadora "conforme al artículo 3º del Decreto 1943 de 1956, que dispone la comunicación telegráfica o postal debidamente certificada", esos pagos carecen de virtualidad para hacer desaparecer la mora del deudor.

Estima el sentenciador, así, que "es indispensable concluir que ha habido mora de parte de la sociedad Casino Turístico de Cartagena Limitada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino también omisión en lo referente al aviso por carta certificada que ha debido dar a la sociedad demandante del pago efectuado en el Banco Popular de esta ciudad, lo que se repite implica que el pago hecho en las condiciones que se han explicado no tiene ningún valor jurídicamente hablando".

6. Cuando tal sentencia alcanzó firmeza se procedió a ejecutarla. Al efecto el juzgado a quo inició, el 21 de marzo de 1975, la correspondiente diligencia de entrega; durante el curso de ella se presentaron el gerente y el administrador de la sociedad "Hotel Americano Limitada", compañía constituida, según lo dice el certificado correspondiente de la Cámara de Comercio, el 12 de diciembre de 1968 por Escritura Nº 972, otorgada en esa fecha en la notaría tercera de Cartagena, y en nombre de dicha entidad se opusieron al lanzamiento.

7. Como hechos fundamentales de su oposición, afirmaron que "como la sentencia no produce efectos contra ellos, se oponen a dicha entrega, por cuanto dentro del mismo expediente aparece que en los inmuebles materia de la demanda funciona el Hotel Americano", en virtud de contrato de arrendamiento celebrado con la sociedad "Casino Turístico de Cartagena" mediante la Escritura Pública número 3307 de 23 de septiembre de 1965", contrato que, agrega-

ron los opositores, "debe ser respetado de conformidad con el artículo 2020 del Código Civil".

En apoyo de dicha pretensión adujeron como pruebas las siguientes: a) el certificado de la Cámara de Comercio sobre constitución y representación de la sociedad "Hotel Americano Limitada", constituida en diciembre de 1958; y b) la Escritura número 3307 de 23 de septiembre de 1965 de la notaría primera de Bogotá, contentiva del contrato de arrendamiento pactado entre "Casino Turístico de Cartagena Limitada" y el "Hotel Americano Limitada".

8. Estimó el juzgado de la causa que como la entidad opositora invocaba un derecho que emanaba de quien en el proceso fue demandada; y, de otra parte, que el precitado artículo 2020 "no tiene aplicación o cabida dentro del caso en estudio", la oposición no era atendible y en tal virtud la rechazó.

9. Después de superadas las incidencias que entonces surgieron, dicha decisión fue mantenida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en su auto de 25 de junio de 1975, proferido para desatar la apelación que contra la anterior interpuso la sociedad opositora a la entrega.

Con fundamentos de su resolución el ad quem, después de historiar lo acontecido, hizo las siguientes consideraciones:

a) que "es innegable que Casino Turístico de Cartagena Ltda., celebró contrato de arrendamiento por Escritura Pública con Hotel Americano Ltda., respecto al inmueble a que se refieren los autos, el 23 de septiembre de 1965 por medio de la Escritura Pública Nº 3307 de la Notaría Primera de Bogotá, la que aparece registrada el 8 de octubre de 1965";

b) que "posteriormente la sociedad demandada Casino Turístico de Cartagena Ltda., vende a Atlantic and International Finance Limited el mismo inmueble que había arrendado a Hotel Americano Ltda., por escritura pública, que es el fundamento de la oposición con base en lo previsto en el ordinal 2º del Art. 2020 del C. C.";

c) que "en el caso sub judice, la existencia de Hotel Americano Ltda. jurídicamente hablando es a partir de su constitución por Escritura Pública Nº 972 de 12 de diciembre de 1968, de la Notaría 3ª de Cartagena y registrada en la Cámara de Comercio el 17 de diciembre del mismo año";

d) que conforme a la cláusula 18 de dicha escritura, "se comprueba que antes de la constitución de esta sociedad fue constituida otra con el mismo nombre, es decir con la misma razón social de Hotel Americano Ltda., la cual fue disuelta y liquidada según lo expresa la cláusula que se acaba de explicar, lo que indica, —sin que se pueda formular el menor reparo— que la sociedad anterior a la 972 de 12 de diciembre de 1968, y que fue constituida por medio de la Escritura Nº 5 de fecha 25 de mayo de 1965, fue disuelta y liquidada, lo que implica que solamente esta última es la que podría formular oposición..."; y

e) que la Escritura Nº 972 de 12 de diciembre de 1968, "es posterior al contrato de venta suscrito entre Casino Turístico de Cartagena y la parte demandante; por lo tanto esta última sociedad carecía de existencia jurídica en la fecha en que se perfeccionó el contrato de venta a que nos hemos venido refiriendo y por lo tanto no puede formular oposición".

10. Con posterioridad a la ejecutoria del proveído que rechazó la oposición a la entrega, la entidad opositora "Hotel Americano Limitada", representada entonces por su gerente José Carlos Barbieri González, solicitó que, con apoyo en lo estatuido por los numerales 2 y 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, se declarara la nulidad del proceso por haberse omitido el procedimiento indicado por la ley para la aceptación del impedimento manifestado por algunos conjueces y el sorteo de otros.

Dijo, en efecto, que esas actuaciones se habían surtido únicamente por el magistrado ponente "y no por la Sala Dual Civil de Decisión que es la competente para resolver sobre la materia"; y, de otra parte, que la providencia que había desatado la apelación no expresó si fue discutida y aprobada por la Sala, indicando su fecha, ni se anunció el proyecto cuando fue a discutirse, tal cual lo ordena la Ley 16 de 1968 en su artículo 30.

Mediante auto del 1º de agosto del mismo año la nulidad pedida se denegó, providencia que fue mantenida luego al decidir los recursos de súplica y de reposición que posteriormente se propusieron contra ella por la misma parte opositora.

IIII

El recurso de revisión

1. La entidad "HOTEL AMERICANO LIMITADA", sociedad constituida el 12 de diciembre de 1968 mediante la Escritura pública Nº 972, otorgada en esa fecha en la notaría 3ª de Cartagena e inscrita en la Cámara de Comercio de allí el 17 del mismo mes, por medio de escrito de 25 de julio de 1975 propuso este recurso extraordinario contra la sentencia de 20 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso de lanzamiento instaurado por "Atlantic and International Finance Limited" frente a "Casino Turístico de Cartagena Limitada".

En la demanda respectiva solicita la recurrente que, con citación y audiencia de las dos entidades que figuraron como partes en el sobredicho proceso de lanzamiento, la Corte revise la sentencia mencionada y, "como consecuencia, decrete la NULIDAD de todo lo actuado en el proceso".

2. En apoyo de su pretensión impugnativa la recurrente invoca la causal contemplada en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la que hace consistir en los hechos que la Sala sintetiza así:

Que, como ya está dicho, la entidad "Hotel Americano Limitada" es arrendataria del inmueble cuya restitución persigue "Atlantic and International Finance Limited", por contrato celebrado con "Casino Turístico de Cartagena Limitada" mediante la precitada Escritura pública Nº 3307 de 23 de septiembre de 1965, contrato que aún se encuentra vigente; o que el 13 de abril de 1966, como lo expresa la Escritura Nº 530 que en esa fecha se otorgó en la Notaría 1ª de Cartagena, su arrendadora le vendió a "Atlantic and International Finance Limited", junto con otros, el inmueble que es objeto del proceso de lanzamiento; que éste, y por ende la sentencia que en él se profirió, se tramitó "sin haberse citado a 'Hotel Americano Limitada', tenedor en forma legal del inmueble... razón por la cual no figuró como parte en el proceso"; y que como de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 2020 del Código Civil, esta sociedad tenía derecho a que se le respetara su calidad de arrendataria, "ha debido ser notificada o emplazada a fin de que se hiciera parte dentro del proceso".

3. Por cuanto el recurso extraordinario se propuso dentro de la oportunidad indicada en el artículo 381 del C. de P. C. y la recurrente constituyó la caución exigida, la Corte, después de haber recibido el expediente del Tribunal de origen, mediante auto del 21 de octubre de 1975 admitió la demanda y ordenó correrla en traslado a las entidades demandadas.

4. Estas, oportunamente dieron contestación a la demandada en los siguientes términos:

a) "Casino Turístico de Cartagena Limitada", representada por su gerente Lincoln Palomeque, expresamente reconoció como ciertos los hechos invocados por la recurrente en apoyo de la revisión suplicada y, consecuentemente, no se opuso a lo pedido; y

b) "Atlantic and International Finance Limited", en cambio, en su contestación negó los hechos afirmados por la demandante y se opuso expresamente a las súplicas deducidas por ésta.

Afirmó que tanto la Escritura Nº 3307 de 23 de septiembre de 1965, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, como el contrato de arrendamiento contenido en ella, son simulados, ya que, dijo, "CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA y HOTEL AMERICANO DE CARTAGENA LIMITADA son compañías formadas, pertenecientes y dirigidas por el señor JOSE CARLOS BARBIERI"; y que "a la compañía HOTEL AMERICANO LIMITADA no tenía por qué citársele al proceso de lanzamiento, por no ser ella LITISCONSORTE NECESARIO. Dicha persona jurídica se OPUSO A LA SENTENCIA DE LANZAMIENTO DICTADA EN EL PROCESO, en la forma legal, y FUE VENCIDA EN TAL OPOSICION...".

En esa misma oportunidad esta demandada, fundándose en esos hechos, invocó las excepciones perentorias que denominó "falta de legitimación activa o derecho de acción", y simulación del contrato de arrendamiento contenido en la precitada Escritura Nº 3307 de 23 de septiembre de 1965.

5. Por auto del 6 de septiembre pasado el proceso revisorio se recibió a pruebas, pe-

ríodo dentro del cual se practicaron las siguientes:

Primero.— A petición del Hotel Americano Limitada

a) copias de las sentencias de primera y de segunda instancia, proferidas en el proceso de lanzamiento referido;

b) certificaciones expedidas por la Cámara de Comercio de Cartagena sobre la constitución, existencia y representación legal de las tres sociedades que aquí figuran como sujetos de la litis;

c) certificado del 24 de julio de 1975, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cartagena, según el cual allí fue inscrita, desde el 31 de mayo de 1966, la Escritura pública número 530 de 13 de abril de ese año, otorgada en la notaría primera de dicha ciudad, mediante la cual "Casino Turístico de Cartagena Ltda", vendió a "Atlantic and International Finance Limited" los inmuebles a que atrás se ha hecho alusión;

d) copia de la Escritura número 3307 de 23 de septiembre de 1965, otorgada en la notaría primera de Bogotá, con la constancia de su inscripción en el Registro de Cartagena desde el 8 de diciembre siguiente, contentiva del contrato de arrendamiento pactado por "Casino Turístico de Cartagena Ltda." y el "Hotel Americano Ltda.", pacto este en que el recurrente apoya cardinalmente su pretensión ahora deducida;

e) inspección judicial practicada por la Corte el 17 de septiembre pasado sobre los libros y papeles de contabilidad de las sociedades "Hotel Americano Limitada" y "Casino Turístico de Cartagena Limitada", diligencia en la cual se comprobó que dichas dos entidades tienen legalmente registrados sus libros, en los cuales aparecen los asientos de contabilidad a partir de enero de 1965 y hasta diciembre de 1973, los del Casino, y hasta diciembre de 1976 los del Hotel;

f) copia de las Resoluciones números 71 y 98 de 31 de julio y 31 de octubre de 1973, proferidas por la Alcaldía Mayor de Cartagena, mediante las cuales se declaró "la caducidad administrativa de los contratos" celebrados por ese municipio con "Casino Turístico de Cartagena Ltda." para la explotación de éste; y

g) todos los demás documentos que obraron como prueba en el proceso en el que se dictó la sentencia cuya revisión aquí se demanda.

Segundo.— A petición de Casino Turístico de Cartagena Ltda.

a) copia de la Resolución Nº 601 de 15 de julio de 1969 del Ministerio del Trabajo, mediante la cual declaró que "no existe unidad de empresa entre las actividades que constituyen el objeto de explotación económica de las dos sociedades diferentes, denominadas 'Hotel Americano Ltda.' y 'Casino Turístico de Cartagena Ltda.', ambas con domicilio" en la ciudad dicha;

b) copias expedidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena de las medidas preventivas pedidas, decretadas y practicadas dentro del proceso ejecutivo instaurado allí en 1973 por "Atlantic and International Finance Limited" contra "Casino Turístico de Cartagena Limitada";

c) copias expedidas por el Juzgado Cuarto del mismo circuito civil, del proceso ordinario allí instaurado en diciembre de 1975 por "Casino Turístico de Cartagena Limitada" contra "Atlantic and International Finance Limited", para pedir la declaración judicial de nulidad del "contrato privado de venta con pacto de retroventa" de 12 de abril de 1966 y, por lo mismo, de la compraventa contenida en la Escritura Nº 530 de 13 de abril de ese mismo año;

d) certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena, expedido el 27 de enero de 1976, según el cual allí aparece inscrita, desde el 17 de marzo de 1971, la sociedad denominada "CIA. DE INVERSIONES TURISTICAS LTDA. (INVERTUR)", constituida por Escritura pública Nº 1010 de 15 de marzo de dicho año, otorgada en la notaría 10ª de Bogotá, entidad en la cual aparecen como socios, entre otros, Juan Beetar Dow, Pedro Gallo Gallo, Amín Malkum y Hernando Gámez Núñez; y

e) todos los demás documentos que obraron como prueba en el proceso en que se dictó la sentencia cuya revisión aquí se demanda.

Tercero.— A petición de Atlantic and International Finance Limited

a) certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena sobre la existencia y representación legal de la sociedad "Hotel Americano Limitada", en el cual aparece que se constituyó por Escritura Nº 972 de 12 de diciembre de 1968, otorgada en la notaría 3ª de dicha ciudad, y que entonces se designaron como gerente y subgerente, en su orden, a José Carlos Barbieri González y a Néstor Preliasco;

b) copia de la Escritura pública Nº 3307 de 23 de septiembre de 1965, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, contentiva del contrato de arrendamiento ajustado entre "Casino Turístico de Cartagena Limitada" y "Hotel Americano Limitada", en la que aparece que aquella entidad actuó por conducto de José Luis Mateo y ésta por Néstor Preliasco;

c) las Resoluciones Nos. 71 y 98 de 31 de julio y 31 de octubre de 1973, proferidas por la Alcaldía Mayor de Cartagena, de las cuales aparece que en 1969, al celebrarse el contrato de explotación del "Casino Turístico de Cartagena Limitada", José Carlos Barbieri actuó como gerente de esta sociedad; y

d) copia del contrato de 15 de octubre de 1969, celebrado entre el municipio de Cartagena y José Carlos Barbieri "en su condición de gerente de la sociedad que gira en esta ciudad de su domicilio bajo la razón social de 'CASINO TURISTICO DE CARTAGENA LIMITADA'...", atinente a la explotación de ésta.

6. Surtido el término de pruebas, se ordenó dar el proceso en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, las que oportunamente ejercitaron tal derecho.

7. Agotada, pues, como se encuentra hoy toda la ritualidad del recurso extraordinario de revisión, ha llegado el momento de decidirlo y a ello se procede ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) Con apoyo en principios doctrinarios y jurisprudenciales, tiene dicho la Corte que la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada proferida en procesos contenciosos, reconocida por los legisladores mediante la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada, es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos.

Consecuencia obvia y natural 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 parte en el proceso respectivo volver a plantear ante los jueces los conflictos ya resueltos; ni a los falladores tomar nuevas decisiones en éstos. Se logra así, de una parte, que no se profieran sentencias contradictorias y, de otra, que no se abra la puerta de ingreso a la incertidumbre o a la inseguridad en las relaciones jurídicas ya discutidas y falladas.

2ª) Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el mencionado 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 elementos esenciales para la garantía de la justicia.

Con este fundamento aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio extraordinario 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.

Pero, como exhaustivamente lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia patrias con apoyo en el criterio que en la materia pregona la literatura jurídica universal, la revisión es recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual no es dable convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide; pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias.

3ª) Ciertamente, salvo en los supuestos de las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del C. de P. C., los aspectos formales de una sentencia, sus vicios o irregularidades, el quebranto de la ley procedimental o de la sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirla, son, en principio, aspectos ajenos al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros in procedendo o in judicando, para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia al través del recurso de revisión, que no los atinentes al incidente de la ejecución de ella para lo cual no se ha establecido este medio extraordinario de impugnación, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esos hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa.

En sentencia de 11 de junio de 1976, proferida en el recurso de revisión de Esso Colombiana contra Movifoto S. A., dijo al respecto la Corte: "Viene como conclusión de lo anterior que el recurso de revisión no apunta a permitir un replanteamiento de los asuntos litigados y decididos previamente; o a ofrecer un medio para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir; o para variar la causa petendi, permitiendo la alegación de hechos no comprendidos inicialmente en ella; o a dar una nueva oportunidad de proponer excepciones no alegadas en el lapso debido; o a impedir la ejecución de las sentencias, como viene sucediendo últimamente. Es decir el recurso de revisión no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material" (sentencia aún no publicada).

4ª) Si, pues, la revisión es recurso excepcional y por lo tanto de naturaleza extraordinaria, una sentencia ejecutoriada sólo es procedente aniquilarla en casos igualmente excepcionales y extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legítima, la existencia de alguna de las causales expresa y limitativamente previstas en la Ley al efecto (Arts. 380, 381 y 382 del C. de P. C.).

En la sentencia arriba indicada dijo la Corte que "...este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir, las obtenidas con claro quebranto de la justicia (Art. 380, 1º, 2º, 3º 4º, 5º y 6º), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (Art. 380, 7º y 8º), o la tutela del principio de la cosa juzgada (Art. 380, 9º)".

Para anular una sentencia firme a través de la revisión es entonces absolutamente necesario que concurran al caso los antedichos presupuestos; y si ello se presenta corresponde al juez aniquilar dicho fallo para, en seguida, reconsiderar el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho, que es la meta última a que apunta el mencionado recurso. Porque lo que sucede es que en todo el procedimiento correspondiente a la revisión es imperioso distinguir dos etapas, que la doctrina ha llamado el judicium rescindens y el judicium rescissorum: en la primera, que consiste en el examen de la sentencia combatida en sus relaciones con la ley normativa del recurso, se decide, luego de tal parangón, si debe o no aniquilarse al fallo; superada esta primera fase del procedimiento, y si se llega a la quiebra indicada, entonces entra el juez de la revisión a la segunda, o sea, a decidir definitivamente el litigio que se había fallado por la sentencia anulada.

5ª) Ciertamente, dentro de la enumeración que de los motivos de revisión de una sentencia ejecutoriada hace el legislador colombiano, se encuentra, según el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el "estar el recurrente en alguno de los casos de... falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no se haya saneado la nulidad", que es exactamente la causal aquí invocada, la que, como lo indica su finalidad misma, puede ser alegada por el demandado en el proceso en que se dictó la sentencia y excepcionalmente por

la persona que debiendo haber sido citada a él no lo fue sin embargo.

Correspóndele pues a la Sala examinar, primeramente, si la causal de revisión que el recurrente invoca se estructura o no en el presente caso, para, consecuencialmente, anular la sentencia combatida o denegar la revisión deprecada.

6ª) Al efecto, y por cuanto el recurrente en revisión expresamente contrae la nulidad que alega a la situación contemplada en el numeral 9 del artículo 152 de la codificación sobredicha, la Corte limita a ella sus consideraciones, así:

A) Dice el precepto indicado que hay nulidad en el proceso "cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas, o de aquéllas que hayan de suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley".

Es decir, que prescindiendo de la falta de notificación al demandado o demandados, lo que constituye motivo autónomo de nulidad procesal, la causal del numeral 9 citado solamente ocurre cuando no se notifica a los litisconsortes necesarios de una de las partes en la causa que se controvierte en el proceso (Art. 83 C. P. C.); o cuando no se llama a éste a la persona a la cual se le ha denunciado el pleito (Art. 56); o en los casos en que por razón de los llamamientos en garantía y ex-officio no se cita a los terceros que indican los artículos 57 y 58 ejusdem; o en el supuesto de la laudatio o nominatio autoris contemplado en el artículo 59 ibídem; o en los eventos de sucesión procesal a que alude el artículo 60 de esa misma obra; o en las hipótesis de no citación al cónyuge o herederos de una de las partes, cuando por razón de la muerte de ésta el proceso se interrumpe (Art. 169); o cuando se omite la citación del Ministerio Público en los procesos en que éste debe actuar; o del Síndico Recaudador del Impuesto Sucesoral; y, finalmente, cuando no se notifica o se emplaza en debida forma a las personas que textos especiales de la ley positiva ordenan llamar a un proceso, en consideración a la naturaleza y fines de éste, como ocurre, por ejemplo, en los eventos previstos por los artículos 338 y 539 de la obra aquí citada.

B) No son menester profundas lucubraciones para entender que, en el caso que aquí se estudia, "Hotel Americano Limitada" (la segunda sociedad constituida con esta razón social en 1968, no la primera formada en 1965), no es litisconsorte necesario de "Casino Turístico Limitada", que fue la sociedad demandada en el proceso de lanzamiento en el que se dictó la sentencia cuya revisión pretende aquél, puesto que no fue parte en la relación jurídico-material allá controvertida; tampoco se le denunció por ésta a aquélla el pleito; menos puede decirse sin hesitación alguna que debía llamársela por razón de reembolsos o garantías que tuviese en relación con la demandada; no puede afirmarse que existiera entre las partes del proceso colusión o fraude en perjuicio de la aquí recurrente, para que procediera oficiosamente su llamamiento; ni se trata del supuesto de la laudatio o nominatio autoris. Como la demandada es persona jurídica que no se ha disuelto ni fusionado con otra u otras, no se da el aludido supuesto de sucesión procesal de parte; no hubo causa alguna de interrupción del proceso; menos puede pensarse que la entidad recurrente esté representada por funcionarios públicos, a quienes se les haya debido citar.

C) De todo lo anterior debe seguirse que, según la ley, no era deber del juez que conoció del proceso de lanzamiento instaurado por "Atlantic and International Finance Limited" contra "Casino Turístico de Cartagena", citar o emplazar a él a la entidad "Hotel Americano Limitada", constituida en 1965 y ya disuelta y liquidada cuando dicho proceso se inició; y, de otra parte, que la sociedad que con el mismo objetivo y la misma razón social se constituyó en 1968, compareció a la diligencia de entrega, y actuó, aunque sin éxito ciertamente, durante todo el largo trayecto del incidente de ejecución del fallo, con gran diligencia para reclamar el derecho que ella pretende tener.

7ª) Aún en la hipótesis de que la conclusión anterior no fuere aceptable y que contrariamente pudiera afirmarse que la nulidad sí se estructuró, la Corte tendría que decir que esa irregularidad se hallaría

hoy legalmente saneada y que, por lo mismo, no constituiría causal de revisión según las claras voces del numeral 7º del artículo 380 atrás citado. Se explica:

A) El actual Código de Procedimiento Civil destina todo el Capítulo V del Título XI de su Libro 2º a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causas de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias, lo mismo que los eventos de su saneamiento.

El conjunto de esta preceptiva reguladora de la teoría de las nulidades procesales permite poner de manifiesto que fue voluntad del legislador la de que, por regla general, todo lo concerniente a dicha materia se discuta y decida dentro del proceso en que ellas han ocurrido. Sólo excepcionalmente, tratándose de las causales por falta de citación o emplazamiento en legal forma o por indebida representación, autoriza que se aleguen y declaren en proceso distinto, a través del recurso de revisión, o como excepción en el proceso seguido para ejecutar el fallo.

Para alcanzar la meta fundamentalmente perseguida dicho estatuto procesal establece tres medios. Consiste el primero en la facultad conferida al juez para poner en conocimiento de las partes la nulidad advertida, con el objeto de invalidar lo actuado si la causal no es allanada, o declararla de plano si es insaneable (Art. 157). Estriba el segundo en el derecho consagrado para que las partes pidan por vía incidental, "en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta" la declaración de las nulidades que afectan la actuación (Art. 154). Y radica el tercero en la autorización que se concede a las partes para alegar las nulidades generales como causal de casación, siempre que no hayan sido saneadas (Art. 368-5).

B) Dentro de los principios que siempre han gobernado el régimen de las nulidades procesales se enlista el de la convalidación, a virtud del cual la nulidad, salvo algunas excepciones, desaparece del proceso por efecto del consentimiento expreso o tácito del litigante perjudicado con el vicio.

Tratándose de la falta de notificación o emplazamiento en legal forma, el consentimiento implícito como medio eficaz para sanear una actuación viciada de nulidad lo consagran los numerales 1º y 3º del artículo 156 del C. de P. C., al estatuir el primero que la nulidad se considera saneada "cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente"; y al preceptuar el segundo que dicho fenómeno ocurre "cuando la persona indebidamente..., citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente".

Y el artículo 154 ibídem, al señalar la oportunidad para que los interesados aleguen la nulidad, en su primera parte la determina, como regla general, diciendo que es "en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta", siempre como incidente dentro del mismo proceso. Sólo excepcionalmente, tratándose de la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, la ley autoriza que tales causales se puedan invocar ora en casación, ora mediante el recurso de revisión, o ya como excepción en el proceso ejecutivo correspondiente, si, desde luego, tales nulidades no se han saneado (Arts. 154-2, 368-5 y 380-7).

C) Como se dejó visto en la primera parte de esta providencia, la sociedad aquí recurrente actuó en el proceso de lanzamiento instaurado por "Atlantic and International Finance Limited" contra "Casino Turístico de Cartagena Limitada", durante el largo período y las muchas incidencias que ha implicado el intento de la justicia por ejecutar el fallo proferido, oportunidad en la cual ha debido proponer, en acato a las voces del precitado artículo 156, la pretendida nulidad; no lo hizo así sin embargo y esperó el rechazo judicial de su oposición al lanzamiento para hacerlo ahora, mediante el recurso extraordinario de revisión.

Su silencio de entonces ha traído como consecuencia, por mandato expreso de la ley, el saneamiento de la supuesta nulidad y por ende la inexistencia de la causal de revisión que contempla el numeral 7º del citado artículo 380 del C. de P. C.

8ª) De todo lo anteriormente discurrido fluye la conclusión de que el recurso de revisión aquí propuesto resulta infundado;

y que por ello la Corte, de conformidad con lo estatuido por el artículo 384 del C. de P. C., así debe declararlo, imponiendo al recurrente la condena al pago de los perjuicios causados y las costas procesales.

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,

Resuelve:

Primero — DECLARASE INFUNDADO el recurso de revisión interpuesto por "Hotel Americano Limitada" contra la sentencia de veinte (20) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso de lanzamiento seguido por "Atlantic and International Finance Limited" contra "Casino Turístico de Cartagena Limitada";

Segundo — CONDENASE a la misma entidad recurrente a pagar a la sociedad "Atlantic and International Finance Limited" los perjuicios a ella causados con la proposición de este recurso extraordinario. Para la liquidación de esta condena se seguirá el procedimiento indicado en los artículos 307 y 308 del C. de P. C.;

Tercero — CONDENASE a la misma recurrente a pagar a esa sociedad demandada las costas causadas en este proceso de revisión; y

Cuarto — PROCEDASE por la Secretaría a devolver el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

RECURSO DE QUEJA

Interés para recurrir. Demandante y demandado, mientras permanezcan en el proceso, tienen derecho a impugnación

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte el recurso de queja introducido en este proceso ordinario instaurado por MARIA AYDEE TAFUR DE VELASQUEZ frente a los herederos de PRUDENCIO RESTREPO GALLEGO.

I

Antecedentes

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito del Guamo (Tolima) la mentada María Aydée Tafur de Velásquez, demandó a los herederos del citado Restrepo Gallego, entre los cuales se cuenta Rosalba Henao de Pereañez, en su calidad de sobrina legítima del causante, a efecto de que se declarase que la demandante es hija natural de éste, con todas las consecuencias de orden patrimonial que a dicho estado civil corresponden legalmente.

2. Con intervención del curador ad litem designado a todos los demandados se adelantó la primera instancia del proceso, a la que le puso fin el juzgado del conocimiento con su sentencia de 29 de marzo de 1976, mediante la cual acogió las súplicas deducidas en la demanda.

Por virtud de apelación interpuesta por el curador y por la demandada Henao de Pereañez, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó dicha sentencia, mediante la suya proferida el 25 de agosto del mismo año.

3. Contra la providencia del Tribunal la citada demandada interpuso oportunamente el recurso de casación, que el ad quem, por auto de 14 de octubre de 1976, no concedió, al estimar que, como para entonces se había reconocido en el proceso sucesorio de Restrepo Gallego al menor José Afranio Restrepo, como heredero del causante en su calidad de hijo natural de éste, "el interés que tenían los hermanos y los sobrinos del doctor RESTREPO GALLEGO se ha radicado exclusivamente en cabeza del citado menor y por tal razón la personería en que se amparaban los HENAO RESTREPO para defender la sucesión a raíz de los procesos que en contra se han suscitado, por diversas razones, ha cesado".

Pedida que fue oportunamente la reposición del auto anterior, el Tribunal la denegó en su providencia de 29 de octubre siguiente; por tanto, en esa misma resolución ordenó expedir las copias solicitadas subsidiariamente para efectos del recurso de queja interpuesto.

4. Dentro de la oportunidad prevista para el caso por el artículo 378 del C. de P. C., la persona interesada ha presentado a esta Corporación la solicitud de que se le conceda el recurso extraordinario por ella interpuesto, acompañando al respectivo libelo la copia de las piezas procesales ordenadas, expedidas por el Secretario del Tribunal Superior de Ibagué.

II

Consideraciones de la Corte

1ª) Por cuanto los recursos son medios establecidos por la ley para obtener la corrección de los errores que, contenidos en las decisiones judiciales, causen perjuicio

a quienes son partes en el proceso en el que éstas se dictan, la doctrina universal tiene averiguado que es presupuesto indispensable para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones la existencia de interés legítimo en el impugnador, interés que se cifra en el agravio que la providencia atacada le cause.

Siendo la casación un recurso, no obstante su carácter extraordinario no puede marginarse de los dos presupuestos básicos del derecho de impugnación, cuales son, que sólo corresponde a quien siendo parte en el proceso sufre agravio con la sentencia de instancia. Así lo preceptúa el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, norma que al fijar los fines de la casación dice que ésta, además de su fin público, "procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida" (subraya la Sala).

2ª) La doctrina del derecho se ha ocupado, dentro de la teoría general del proceso, de distinguir el concepto de parte en sentido procesal del de parte en sentido material, para considerar a aquélla y no a ésta como sujeto del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales.

Ha dicho, en efecto, que frente a la relación jurídico-procesal sólo son partes quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho material o de la relación sustancial que en ese proceso se discute. Resulta, así, que la idea de parte la ofrece la relación procesal formada y no precisa buscarla fuera de ella, ni en particular en la relación sustancial materia de la contención, puesto que puede haber sujetos de la relación material que están fuera de la procesal, a los cuales generalmente no alcanzan los efectos de la sentencia.

Se entiende pues por partes en sentido material a los sujetos de la relación sustancial que se discute en el proceso, y por partes en sentido formal a los sujetos de éste.

3ª) En los procesos contenciosos son partes el demandante, el demandado y los intervinientes posteriores.

Es demandante quien, como titular del derecho público de acción, propone la demanda incoativa del proceso, ora directamente o ya por conducto de apoderado o representante; y es demandado la persona contra la cual se formula la pretensión, lo que la habilita para ejercer el derecho de contradicción.

Como partes iniciales que son de la relación procesal, demandante y demandado están legitimados para ejercer el derecho de impugnación contra las providencias que en ella se profieran y que les causen agravio a sus intereses. Y mientras esas partes iniciales permanezcan en el proceso, su derecho de impugnación no puede fenecer. En tanto que la relación procesal no sufra, en el curso de su desenvolvimiento, transformación subjetiva alguna, no es admisible desconocer a quienes son partes iniciales y por lo mismo permanentes en ella interés para recurrir en casación, siempre, eso sí, que la sentencia recurrida sea perjudicial para ellas y que se haya proferido en proceso susceptible de este medio extraordinario de impugnación.

4ª) En el caso del presente proceso la aquí recurrente Rosalba Henao de Pereañez fue demandada en él, y ha permanecido interviniendo en la relación procesal como sujeto pasivo de ella, desde luego que en esa posición ni se le ha sucedido ni sustituido por persona alguna. Siendo ello así, como en realidad lo es, injurídico y por ende inaceptable resulta desconocerle el derecho que le asiste de impugnar, a través del recurso de casación, una sentencia que, por ser condenatoria frente a ella, claramente resulta perjudicial para sus intereses.

El hecho de que en proceso distinto a éste se haya reconocido como heredero del causante Prudencio Restrepo Gallego al menor José Afranio Restrepo Cleves, en calidad de hijo natural de aquél, por sí solo no basta para que desaparezca el interés que para recurrir tiene, dada su calidad de demandada en esta relación, la citada Henao de Pereañez, puesto que el mentado menor no es ni ha sido en momento alguno sucesor o sustituto procesal de ella. Los efectos de la sentencia proferida en el presente proceso ordinario, en cuanto a su fuerza vinculante y al valor de la cosa juzgada, recaen sobre quienes en él son partes y no sobre personas que por no haber intervenido en él son terceros en el mismo.

5ª) Corolario de todo lo expuesto, es el de que la aquí recurrente sí tiene interés para impugnar en casación la sentencia

para ella desfavorable con la cual se puso fin a la segunda instancia del proceso.

Y como de otra parte el referido recurso se interpuso oportunamente y contra providencia que, según la ley, es susceptible de combatirse por esta vía, debe seguirse que hizo mal el Tribunal de Ibagué al denegarlo. Por tanto, corresponde a la Corte corregir dicho yerro mediante la concesión suplicada.

III

Decisión

1º) Concédese el recurso de casación interpuesto por la demandada Rosalba Henao de Pereañez contra la sentencia de 25 de agosto de 1975, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué;

2º) Para los efectos previstos en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente debe suministrar, en el término indicado en dicha disposición, lo necesario para que se expidan las copias indispensables para la ejecución provisional del fallo de instancia so pena de que si tal no hiciere quede incursa en la sanción que esa misma norma prevé; y

3º) Ofíciese al Tribunal referido para que, con observancia de lo preceptuado por el artículo 132-2 del C. de P. C., remita a esta Corporación el expediente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario General.

SEGURO DE VEHICULOS

Pruebas decretadas de oficio. Tradición de automotores. Interés del asegurado

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga)

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por Compañía Internacional de Seguros S. A. contra la sentencia de 6 de marzo de 1976, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que, contra la sociedad recurrente, suscitó Oscar Valencia López.

I

El litigio

1. En demanda admitida por auto de 10 de septiembre de 1973, dictado por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, Valencia López llamó a proceso ordinario a Compañía Internacional de Seguros S. A. para que se declarase que esta sociedad debe pagarle la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000.00), valor del seguro de robo amparado en la póliza Nº 01652 expedida el 13 de mayo de 1962, más "los intereses legales de esta suma desde que se hicieron exigibles hasta cuando se verifique el pago" y los perjuicios ocasionados al demandante por el retardo en cubrir el monto del seguro.

2. La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos que se compendian:

La sociedad "Importadora de Buses Limitada de Bogotá" vendió a Ligia de Piedrahita un camión marca Sisu, modelo 1964, número 36, con placas VI-8241, serie 15217, color verde y crema, tipo estacas, de 9 toneladas, del cual le hizo oportuna entrega. A su vez, Ligia de Piedrahita, como consta en documento privado, calendado el 3 de marzo de 1972, enajenó también a título de compraventa, el mismo vehículo a Oscar Valencia López y desde entonces le hizo entrega material. Valencia, a partir de ese momento entró en posesión del vehículo descrito y lo explotó como señor y dueño en el ramo de transporte de carga. El 15 de mayo de 1972 Oscar Valencia López, bajo la póliza Nº 1652 de Internacional de Seguros S. A., tomó el amparo de los riesgos de daños al vehículo, robo o hurto, incendio y otros. Como en el mes de marzo de 1973 el mencionado camión fue robado en la vía que conduce de Buenaventura a Lobo Guerrero, el asegurado formuló, ante las autoridades penales correspondientes, la denuncia respectiva y por medio de carta suscrita el 2 de abril del mismo año notificó a la Compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro. Esta, alegando que el tomador del seguro no figuraba inscrito como propietario del vehículo robado, a pesar de que declaró ser su dueño, negó el pago de la suma que reclamaba.

3. Con oposición de la sociedad demandada se adelantó la primera instancia del proceso, la cual terminó con sentencia en que se acogen las súplicas del demandante. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la sentencia ahora recurrida en Casación, la confirmó, pero con la modificación consistente en que la suma que debería pagar la demandada sería la de doscientos cuarenta mil pesos ($ 240.000.00).

III

Fundamentos del fallo del Tribunal

Después de atinadas consideraciones sobre el contrato de seguro, el fallador ex-

presa que, contrariamente a lo sostenido por la sociedad demandada, sí existió interés asegurable de parte de Oscar Valencia López, pues éste era el verdadero propietario del automotor asegurado, como quiera que si aún no rige el registro de venta de automotores, no es aún aplicable el artículo 922 del Código de Comercio, y, por tanto, la venta de esos muebles sigue siendo consensual y su tradición queda completa con la simple entrega (artículos 1857, 754 y 740 del Código Civil). Que habiendo demostrado, con el respectivo documento en que está consignado el contrato de compraventa del automotor, que él es el propietario de éste, Valencia López acreditó el interés legítimo que tenía para tomar, a su favor, el seguro apuntado.

Luego expresa el Tribunal que, con fundamento en el artículo 180 del C. de P. C., durante la segunda instancia, se dispuso tener como pruebas los documentos que, en la misma, adujo el demandante, los que deben tenerse como medios de convicción, pues "el Código de Procedimiento Civil con miras a que el Juzgador pueda basar su decisión, en cuanto sea posible, en la verdad real y no en la formal, facultó al sentenciador para decretar pruebas de oficio y eso fue lo que hizo el Tribunal, sin que desvirtúe en nada su valor, el que no se hubieren aportado dentro del término probatorio inicial.

"El auto en el cual se ordenó tener como prueba esos elementos tuvo por objeto que la contraparte pudiera objetarlos o redargüirlos de falsos dentro de la oportunidad prevista por el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, aun partiendo del supuesto equivocado de que no pueden considerarse, ya vimos cómo está demostrada la venta que del camión marca 'Sisu' se hizo al actor en este proceso.

"No es pues equivocado el planteamiento que a este respecto formuló el a quo, ni es acertado decir que no tenía interés asegurable.

"Por eso, fácilmente, puede inferirse que no es dable la aplicación del artículo 1058, porque no existe la inexactitud anotada en cuanto al dato que dio el señor Oscar Valencia López de ser el propietario del camión".

Más adelante se lee en la sentencia recurrida:

"La cláusula décima del contrato celebrado entre demandante y demandado reza textualmente: 'no da lugar a la indemnización el siniestro ocurrido en alguna o algunas de las circunstancias siguientes: ...b) Cuando el conductor del vehículo no tenga pase vigente definido para manejar, expedido por la autoridad competente, o cuando aún teniéndolo, se encuentra bajo el influjo de bebidas embriagantes o drogas heroicas'.

"Esta estipulación, dice quien acusa la sentencia, fue desconocida por el fallo apelado en forma flagrante, olvidándose que se trataba de una cláusula general y de que su tenor es tan claro que no necesita interpretación.

" 'Los artículos 1621 y 1622 del Código Civil disponen:

" 'Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

" 'Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen'.

" 'Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoselé a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...'.

"De suerte que en el caso presente, debe entenderse que la cláusula copiada se refiere a los casos no consagrados en la novena relativa al seguro de robo, porque éste puede ocurrir cuando el vehículo esté en reparación, por ejemplo, o cuando esté en el garaje, o en poder del dueño o de un tercero, pero sin estar en movimiento, eventos todos en los cuales resultaría absurdo exigir que el pase del chofer estuviera vigente. Por eso no resulta violatoria del contrato la interpretación del juzgado de primera instancia, sino que se ajusta a la más estricta hermenéutica. En efecto, en forma enfática, puede sostenerse que la exigencia sobre vigencia del pase, sólo puede predicarse en aquellos eventos en que el siniestro tenga relación con la actividad del conductor; no en casos como el de autos en que el robo no tiene relación alguna con la conducción que se hacía del camión.

"Finalmente en lo relacionado con la deducción del veinte por ciento (20%), solicitada por la parte demandada, no obs-

tante el estudio hecho por el juzgado, considera este Tribunal que debe aceptarse dicha deducción por cuanto ella opera para el supuesto de la ocurrencia del siniestro y no hace distinción en cuanto a que la reclamación se haga directamente o por intermedio del juez, cuando la compañía no pague voluntariamente.

"Si se acordó que al ocurrir el siniestro de robo sería deducible un veinte por ciento (20%) del valor asegurado, no desvirtúa tal convenio la circunstancia de que la reclamación haya debido hacerse no directamente sino por intermedio del órgano jurisdiccional del Estado.

"Quisieron las partes, de manera clara y precisa, que si ocurría el siniestro amparado bajo la 'denominación de robo o hurto' la compañía solamente entrará a pagar el ochenta por ciento (80%) de la suma asegurada, cuestión que se desprende fácilmente del cuadro de declaraciones que naturalmente debe relacionarse con el artículo 21 de la póliza. Entonces la cuantía que debe pagar la compañía por concepto de capital se limita a doscientos cuarenta mil pesos ($ 240.000.00)".

IIII

La demanda de casación

Tres cargos se formulan en ésta, todos con apoyo en la causal primera, los dos primeros por la vía indirecta y el último por la directa. Se despacharán en el orden de su formulación.

Primer cargo

Acúsase la sentencia porque a causa de error de hecho produjo la violación "de los artículos 1060 del C. de Co. y los artículos 1º, 4º, numeral 11 del artículo 1047 junto con su parágrafo y el artículo 1077 de la misma obra. Igualmente resultaron violados los artículos 1621, 1622, 1618, 1619 y 1620 del C. C.; los artículos 1540, 1524, 1535, 1539, 1541, 1542, 1546, 1602, 1603 de ese mismo Código", lo mismo que "los artículos 262, 264, 183, 177, 174 y 6º del C. de P. C.".

Expresa el censor, en síntesis, que el Tribunal cometió error evidente de hecho, pues dejó de ver el certificado expedido por el Inspector de transportes y tránsito de Palmira (fl. 7 del cuaderno 3), el cual prueba que cuando ocurrió el robo del automotor asegurado, estaba vencida la licencia para conducir del piloto Luis López Garzón.

Así precisa su acusación el recurrente:

"Ciertamente mediante el criterio de que 'RESULTARIA ABSURDO EXIGIR QUE EL PASE DEL CHOFER ESTUVIERA VIGENTE' (folio 25 C. Nº 5), el Tribunal se abstuvo de apreciarla por cuanto se negó a darle el alcance probatorio correspondiente a dicha certificación emanada de la Inspección de Transportes y Tránsito de Palmira, alcance probatorio que consistía en la fe que hacía tal prueba (artículo 264 del C. P. C.); es decir, no sólo no la evaluó sino que expresamente optó (mediante tan extraña argumentación) por inapreciarla, absteniéndose de citarla y analizarla, en el fallo que aquí se impugna, a pesar de que se trataba de un documento público (artículo 262 ibídem) y que como tal, según se acaba de anotar, le corresponde un alcance probatorio específico.

"Se demuestra el error por falta de apreciación de la prueba, porque para que la apreciara se habría requerido que el ad quem primeramente la mencionase y luego, que le señalase su mérito y alcance probatorio como se dijo (artículo 174, 262 y 264 C. P. C.). Sin embargo, tal y como consta en la sentencia impugnada, se abstuvo de tenerla en cuenta afirmando que era absurdo exigirla".

El ataque concluye diciendo que "por ningún lado de la sentencia aparece referencia, comentario, análisis o consideración de la prueba aludida".

La Corte considera

Muy claro fue el pensamiento del Tribunal en el punto planteado por el censor, pues con fundamento exclusivo en la certificación de la Inspección de Transportes y Tránsito de Palmira, certificación que el censor considera preterida, el ad quem concluyó que el conductor del camión efectivamente tenía vencida su licencia para conducir. Esta conclusión del sentenciador es igual a la que sacó el censor con apoyo en la misma prueba. Sin embargo el Tribunal, partiendo de que el siniestro cuya indemni-

zación se reclama no es el de daños al vehículo, sino el de robo, concluyó que en tal hipótesis el hecho de que el conductor no tuviera licencia vigente para conducir, en nada cambiaba la responsabilidad del asegurador, ni modificaba, agravándolo, el estado del riesgo amparado, cuyo mantenimiento corre a cargo del asegurado, según lo dispone el artículo 1060 del Código de Comercio.

En el punto, la sentencia recurrida expresa lo siguiente:

"No resulta violatoria del contrato la interpretación del juzgador de primera instancia, sino que se ajusta a la más estricta hermenéutica. En efecto, en forma enfática, puede sostenerse que la exigencia sobre vigencia del pase, sólo puede predicarse en aquellos eventos en que el siniestro tenga relación con la actividad del conductor; no en casos como el de autos en que el robo no tiene relación alguna con la conducción que se hacía del camión".

Es decir, el Tribunal sí aceptó, precisamente con base en la certificación de la Inspección de Transportes y Tránsito de Palmira, que para cuando ocurrió el siniestro, el conductor del camión tenía el pase vencido. Sin embargo no quiso exonerar de responsabilidad a la Compañía de seguros, no porque hubiera pasado por alto la prueba de ese episodio, sino porque, en caso de robo, en nada se agrava la posición del asegurador por el hecho de que quien conduzca el automotor robado tenga vigente o no su licencia para pilotear vehículos.

El cargo, pues, por tener fundamentos hipotéticos y no reales, no puede prosperar. El Tribunal sí apreció en toda su dimensión la prueba que se dice preterida, por lo cual ningún error de hecho cometió en el punto.

Cargo segundo

Fúndase en que el Tribunal a causa de error de derecho consistente en que les dio valor a pruebas que no fueron practicadas con los requisitos legales, infringió los artículos 922 del Código de Comercio y 740, 754, 1500 y 1857 del Código Civil y 180, 183, 361, 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

Arguye el recurrente que, a pesar de que el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil señala expresamente los cinco únicos casos en que, tratándose de sentencia apelada, las partes pueden pedir pruebas, el Tribunal por auto de 22 de enero de 1976, cuando ya había transcurrido la ejecutoria del auto admisorio del recurso, decretó, con apoyo en el artículo 180 *ibídem*, que se tuvieran como pruebas las que el demandante adujo extemporáneamente. Que el *ad quem* infringió el artículo 361, pues en su decreto de pruebas no se ciñó a ninguno de los cinco casos que esa norma contempla, siendo que "aun en el caso de decreto oficioso de pruebas se debe acatar aquella norma".

Las pruebas indebidamente apreciadas son las que obran de folios 11 a 15 del cuaderno 5, atinentes al dominio sobre el camión SISU.

Esas pruebas, entonces, no podían ser apreciadas por el Tribunal y al hacerlo cometió error de derecho que lo condujo al quebranto de las normas arriba señaladas. Además, "siendo tanto la vendedora como el comprador comerciantes, esa negociación estaba sujeta al ordenamiento mercantil", por lo cual el Tribunal no podía dar con ellas por demostrado el derecho del dominio del demandante, pues, el título aún no se había inscrito en las oficinas de tránsito y transporte.

La Corte considera

1. Desde la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil se observa con claridad que el proceso tiene un fin bifronte: a) tiende a la realización del derecho sustancial, desde luego que los procedimientos se levantan para alcanzar, como lo expresa el artículo 4º de ese ordenamiento, la efectividad del derecho material, o como lo dice el tratadista Carlos Betancur Jaramillo, apunta a la satisfacción de un interés público del Estado mediante la adecuada aplicación de la ley sustancial con miras al mantenimiento de la paz y la tranquilidad sociales, y b) pretende la recta composición de los litigios para decidir los intereses privados en juego.

El proceso ya no es hoy como lo fue antaño un escenario en que sólo se ventila-

ban intereses particulares y en que el Juez era un mero espectador, sin atribuciones para buscar la verdad. Hoy, desde luego que el Estado tiene claro interés en la realización del derecho, el Juez goza de facultad para enderezar la búsqueda de la verdad histórica, interviniendo de manera decisiva en favor de ésta. Pueda, por tanto, sin que las partes se lo hayan solicitado, decretar pruebas, y del mismo modo está facultado para decretarlas por fuera de los períodos probatorios.

Y como ahora en el proceso se ejercita una actividad pública y no meramente privada, en su magisterio de encontrar la verdad verdadera, para que el derecho se realice cabalmente puede el Juez decretar pruebas de oficio y entre éstas ordenar la práctica no sólo de las que a él exclusivamente se le ocurran, sino también las que las partes pidieron extemporáneamente o las que solicitaron sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto en las oportunidades que el procedimiento indica.

Es verdad, como lo afirma el recurrente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, sólo les es posible a las partes pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esa norma, cuyo texto es del siguiente tenor:

"Artículo 361. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Cuando se trata de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

"1. Cuando todas las partes las pidan de común acuerdo.

"2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

"3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.

"4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.

"5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

"Si las pruebas fueren procedentes se fijará término para practicarlas, que no podrá exceder de diez días. Igual término se concederá en el caso del inciso 2º del artículo 183". (Subrayas fuera del texto).

Adviértese al rompe que las limitaciones consagradas en el canon transcrito se refieren únicamente a las partes, como claramente se dice en su primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, según el artículo 180 del C. de P. Civil, tiene el Juez o el Tribunal del conocimiento para decretar pruebas de oficio no sólo en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, sino también "posteriormente, antes de fallar".

Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de aducir pruebas, ésta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el Juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino por uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno.

Y no sólo está facultado el Juez de segunda instancia para decretar pruebas de oficio antes de fallar, sino que ese es su deber (artículo 37 del C. de P. Civil) aunque no se ofrezca ninguno de los casos relacionados en el canon antes transcrito, siempre que las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. En la actualidad, como ya se dijo, uno de los fines del proceso es alcanzar la verdad histórica, es decir, la verdad real, la verdad verdadera, y no meramente, como en épocas superadas, obtener una verdad simplemente formal.

Síguese de lo dicho que al apreciar las pruebas decretadas de oficio en auto de 22 de enero de 1976, el Tribunal no cometió el yerro de derecho que se le endilga. El cargo, por tanto, no prospera.

2. Asiste razón al recurrente, empero, en su observación final de que con las pruebas decretadas oficiosamente no podía el

Tribunal tener como propietario al recurrente, pues el documento en que está consignado el contrato de compraventa, que es el título, no aparece haber sido inscrito en la competente oficina pública de transportes y tránsito.

Tratándose de compraventa de automotores, la tradición no se hace por la simple entrega, sino que es menester además la referida inscripción, como lo preceptúa el artículo 922 del Código de Comercio; pero esta inscripción no es la que según el Decreto 1256 de 1970, ya derogado, debía hacerse en la oficina de instrumentos públicos y privados, sino la que debe llevarse a cabo en las correspondientes oficinas públicas de transportes y tránsito, cual lo son las inspecciones de ese ramo.

En torno a este tema, la Corte dijo recientemente:

"Además, en el caso de que esa compraventa fuera oponible desde la celebración a los demandantes, resultaría que por ser ella un simple título y por faltar al respectivo modo de la adquisición del dominio, que sería la tradición, no se podría predicar que el comprador Jairo Acevedo fuera el propietario del camión para cuando ocurrió el accidente, porque hoy, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 922 del Código de Comercio, la tradición del dominio de los vehículos automotores, a más de la entrega requiere la inscripción del título ante el respectivo funcionario.

"La Corte, en sentencia de 23 de septiembre pasado, aún no publicada, dijo:

" 'De suerte que si en materia de organización de todo lo que toca con el transporte existen dependencias oficiales tan complejas como el Instituto Nacional del Transporte y las Inspecciones Departamentales y Municipales, y estos organismos, para cumplir mejor su función, se desenvuelven a través de otras oficinas con sus respectivos jefes, como ocurre respecto de las secciones de Placas y Matrículas de automotores, fácilmente se infiere que en atención a lo preceptuado por los artículos 252 del C. de P. C. y 315 del C. de R. P. y M., dichos funcionarios pueden certificar sobre todos aquellos hechos o situaciones que les están confiadas por razón de su empleo, esto es, cuando tienen a su cargo el control y archivo de tales asuntos'.

"En la actualidad y en relación con la enajenación comercial de automotores, mientras no se demuestre que el respectivo título de adquisición fue inscrito ante el competente funcionario de las oficinas de tránsito, la simple entrega del objeto enajenado no equivale a tradición del mismo. Por expreso mandato de la ley se exige, a más de la entrega, la inscripción del título, pues de otro modo la tradición no se opera totalmente. Demostrando únicamente la celebración del contrato de compraventa, no queda demostrado el dominio, ya que en el derecho colombiano los contratos, por sí solos, no mutan el derecho real de propiedad de una cabeza a otra, porque ellos solamente son fuente de obligaciones. Y como a partir de la vigencia del Código de Comercio actual, ya la sola entrega material no es manera de hacer la tradición del dominio de los automotores, para lograrla o cumplirla se requiere ahora también la inscripción del título o documento en que consta el contrato de enajenación". (Sentencia de 10 de noviembre pasado, en el ordinario de José Isaac e Ildefonso Valencia Chaurra frente a Guillermo Velásquez y Gabriel Soto, aún no publicada).

Valga lo anterior también como rectificación doctrinaria a lo sostenido erradamente por el Tribunal en este preciso punto.

Sin embargo, como el ad quem dejó de apreciar que ese título no estaba inscrito, tal suceso no constituye error de derecho, sino que configuraría uno de hecho no denunciado por el censor, o podría constituir más bien un error jurídico, pero no uno de derecho. De contera, aceptándose que si hubiera existido el yerro denunciado, él no tendría virtud para casar el fallo, pues, como adelante se demostrará, aunque el demandante no fuese propietario, sí tenía otros intereses asegurables.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia con base en la causal primera "por violación directa de la ley, consistente en falta de aplicación y aplicación indebida".

Dice el censor que como el asegurado tenía la obligación de conducir el camión con pase vigente y quedó demostrado que la

licencia estaba vencida, el Tribunal quebrantó por falta de aplicación el artículo 1080 del Código de Comercio, pues es patente que "si el asegurado contrata a su servicio a un conductor no patentado, simplemente está agravando el riesgo. Desde ese momento termina el seguro. El asegurador no será responsable de los siniestros sobrevinientes".

Agrega el censor que, de otro lado, hubo aplicación indebida del artículo 922 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1500 del Código Civil.

La Corte considera

Se advierte que en este tercer cargo recalca el censor que fue la vía directa, no ya la indirecta como en los cargos anteriores, la que llevó al Tribunal a infringir las normas sustanciales que indica.

Reiteradamente ha dicho la Corte que la infracción de la ley sustancial por el concepto específico de falta de aplicación se ofrece cuando el sentenciador no hace actuar, para resolver el caso debatido, la norma idónea para su composición, es decir, la que contempla la hipótesis que coincide con el caso controvertido.

En la especie de esta litis el Tribunal encontró que como el siniestro, cuya indemnización se demanda, fue el de pérdida del vehículo por robo del mismo a manos de sujetos desconocidos, y no porque él hubiera perecido por mal manejo de quien estaba encargado de conducirlo, concluyó que en tal evento la circunstancia de que el conductor tuviera pase o licencia vencido, no era constitutiva de infracción de la obligación que tienen el tomador y el asegurado de mantener el estado del riesgo, según lo imperado por el artículo 1060 del Código de Comercio en relación con el 1058 ibídem.

Si entre los riesgos asegurados estaba el de robo del vehículo y precisamente ese fue el siniestro cuya indemnización se demandó, resulta patente que un automotor conducido por quien no tiene licencia de conducción vigente, corre exactamente el mismo peligro de ser robado que uno cuyo conductor tiene el pase en regla. En tal evento, las condiciones de idoneidad del piloto o el cumplimiento de requisitos legales para conducir en nada implican agravación objetiva del estado de ese específico riesgo, el robo, o de variación de su identidad local. Y si se tiene de presente que los ladrones cometieron el delito no cuando el vehículo transitaba por la carretera, sino cuando se encontraba estacionado, sin que nadie lo condujera entonces, surge con evidencia que no existió de parte del asegurado violación de su deber de mantener el estado del riesgo apuntado.

Por tanto, como el ad quem encontró que no se deben los supuestos de hecho contemplados en el artículo 1060 citado, mal podría haber hecho actuar ese precepto. Lo cual enseña que no se da su infracción por la vía directa por falta de aplicación.

De otro lado y con relación a la denunciada aplicación indebida del artículo 922 del Código de Comercio, se observa, fuera de lo ya dicho al final del despacho del cargo segundo, que, aunque es cierto que no está la prueba plena del dominio, no existe la dicha infracción directa de esa norma, pues el Tribunal no hizo actuar tal precepto. Para que la especie de quebranto denunciada se ofrezca, es indispensable que se haya hecho actuar la norma de derecho sustancial que se dice violada.

Finalmente, conviene precisar que aun cuando el demandante, en verdad, no demostró dominio sobre el automotor, sí tenía un real interés asegurable, desde luego que acreditó haber comprado el camión SISU desde antes de tomar el seguro y acreditó también tener la posesión del mismo cuando acaeció el robo, como que lo explotaba por su cuenta desde cuando la vendedora se lo entregó.

En efecto, en los seguros de daños tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado directa o indirectamente, por la realización de un riesgo, como a la letra lo dice el artículo 1063 del Código de Comercio. Ahora bien, como de conformidad con el artículo 929 ibídem, desde cuando el comprador recibe la cosa comprada cesa la responsabilidad del vendedor por su pérdida, es claro que Oscar Valencia López tenía pleno interés en el contrato de seguro contra robo, pues en el caso de presentarse el siniestro, que efectivamente ocurrió, su patrimonio resultaría seriamente afectado por la realización del riesgo.

Además, vale la pena advertir que Valencia López, para tomar el seguro, sólo afirmó haber comprado el citado vehículo, como en realidad fue cierto, y nunca engañó a la Compañía aseguradora afirmando también que el título había sido inscrito en la competente oficina pública de transportes y tránsito.

Todo lo anterior conduce a desechar también este último cargo.

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 6 de marzo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Oscar Valencia López contra la Compañía Internacional de Seguros S. A.

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

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SEPARACION DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LOS CONYUGES

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante fallo de fecha 7 de septiembre de 1976, puso fin a la primera instancia del proceso de separación de cuerpos suscitado de mutuo acuerdo por los cónyuges Carlos Gómez Suárez y Flor Estrella Fernández de Suárez.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. IX del Concordato que celebró el Gobierno de Colombia con la Santa Sede y que fue aprobado por la Ley 20 de 1974, compete a la Corte actuar como Tribunal de instancia para resolver el segundo grado de jurisdicción, por cuanto el Fiscal del Tribunal apeló de la sentencia mencionada.

Tramitose el proceso como verbal, según lo dispone el Art. 442 de la Ley 1ª de 1976, sin que la actuación merezca reparo alguno, por cuanto se ajustó en un todo a las normas pertinentes del Título XXIII del Libro 3º del Código de Procedimiento Civil y a lo que ordena el Art. 166 del Código Civil.

Tampoco merece observación la legitimación en causa de las partes. Ambos cónyuges son capaces y por conducto de apoderado judicial solicitaron de consuno la separación de cuerpos que autoriza el Art. 29 de la citada Ley 1ª, aún para los matrimonios católicos contraídos con anterioridad a la vigencia de la misma, cuya celebración ocurrida el 21 de mayo de 1961 acreditaron con la partida notarial que acompañaron a su demanda. Demostraron también, oportuna y eficazmente, que tienen dos hijos llamados Ninfa Ofita y Germán, ambos menores de edad.

El fallador a quo decretó la separación impetrada y acogió la manera como los cónyuges acordaron obligarse a atender el cuidado personal de los hijos y la proporción en que cada uno contribuiría a los gastos de crianza, educación y sostenimiento de acuerdo con sus posibilidades económicas.

La sentencia de primer grado está debidamente fundamentada y estudia juiciosamente todos los aspectos de la cuestión suscitada por los cónyuges, los cuales la consintieron al no haberla recurrido. La apelación, como quedó dicho, fue interpuesta por el Fiscal y se apoya en lo siguiente:

a) en que "no se probó cuál es la cuantía de los bienes de los cónyuges, para determinar el aporte mensual, sino que se aceptó en el fallo liza (sic) y llanamente lo convenido de común acuerdo (sic) por los cónyuges";

b) en que a su juicio los esposos han debido "dar una explicación detallada de las causas, porque el solo consentimiento mutuo no deja saber al juzgador o al colaborador fiscal si el problema tiene suficiente entidad o no como para romper el vínculo solemne o sacramental"; y

c) finalmente, porque estimó que la audiencia de conciliación ha debido ser privada, únicamente con los cónyuges, "porque el apoderado o los apoderados no son los que tienen el diferendo conyugal para conciliar motivos que muchas veces no salen de la intimidad secrata (sic) de los desposados, y hasta la presencia del abogado los cohíbe para la conciliación";

Y como conclusión de tales razones o reparos, el Fiscal saca la siguiente: "Mi inconformidad con las precedentes circuns-

tancias en guarda de los menores, me ha movido a buscar mediante apelación el pronunciamiento revisorio de la segunda instancia".

Se considera

La Ley 1ª de 1976 introdujo considerables cambios al régimen de familia en lo atinente al matrimonio, al divorcio y a la separación de los cónyuges.

En efecto, autorizó el matrimonio civil, sin consideración a que los contrayentes hayan sido bautizados en la religión católica o no y permitió igualmente el divorcio vincular de aquel tipo de matrimonios.

El proceso de divorcio del matrimonio civil es de tipo contencioso y se tramita como abreviado, según el numeral 2º del Art. 414 del C. de P. C.; su conocimiento está sujeto a las normas generales de competencia que dicho código establece. Las causas de divorcio son las que taxativamente enumera el Art. 154 del C. C. (Art. 4º de la Ley 1ª de 1976) y para demostrarlas carece de eficacia la mera confesión de los cónyuges (Art. 156 inc. 2º). Esta restricción no significa en manera alguna que la confesión sea prueba impertinente o legalmente prohibida que el juez deba rechazar in limine si se le pide en el proceso, al tenor del Art. 178 del C. de P. C. Esa prueba sirve, desde luego, para corroborar o infirmar otros medios probatorios que obren en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; sólo que, como ya se dijo, por sí sola carece de eficacia legal para acreditar las causas de divorcio.

El artículo 15 de la Ley 1ª (Art. 165 C. C.) introdujo en la legislación civil una figura nueva: la separación de cuerpos, que puede ser de tipo contencioso, en cuyo evento las causas que permiten decretarla son las mismas del divorcio, o meramente voluntaria, esto es, por mutuo acuerdo de los cónyuges. La primera está sometida a los trámites del proceso abreviado y la segunda a los del verbal. De acuerdo con el Art. IX del Concordato que fue aprobado por la Ley 20 de 1974, se atribuyó a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en primera instancia y a la Sala de Casación Civil de la Corte, en segunda, la competencia para conocer de los procesos de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos.

Según el Art. 168 del C. C. Art. 18 de la Ley 1ª), "son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella". Por lo tanto, cuando tales procesos son de carácter contencioso, se aplica la restricción probatoria atinente a la confesión de los cónyuges de que antes se habló; se refiere igualmente que el demandante no haya dado lugar a los hechos que configuren la causa de separación que invoca y que la demanda se promueva dentro de los términos que al efecto señala el Art. 156 (6º de la Ley).

En cambio, la separación de cuerpos por mutuo consentimiento se puede demandar en cualquier tiempo y la causa o motivo que permite invocarla y decretarla es precisamente el acuerdo de los cónyuges, el cual por su propia naturaleza se demuestra eficazmente con la manifestación que hacen ambos del deseo que tienen de separarse. En este caso, pues, son innecesarias, vale decir, superfluas, las demás pruebas que se aduzcan para acreditar ese mutuo consentimiento.

Por otra parte, para la separación de cuerpos tanto contenciosa como convenida, el juez no está sujeto a las restricciones que establece el Art. 155 del C. C. para decretar el divorcio, según lo dispone claramente el Art. 166 ibídem. No se requiere, pues, indagar y analizar la naturaleza o la gravedad de los motivos que se aduzcan para impetrarla; más aún cuando de la por mutuo acuerdo se trata, no es siquiera necesario expresarlos, porque la ley no lo exige. En consecuencia, la Sala de Decisión obró con acierto al respetar la actitud de la cónyuge en la audiencia de conciliación, en la que expresó "que a su modo de ver es imposible modificar esa situación de desavenencia que se ha acentuado últimamente entre ellos y que no ve la razón para exponer más causas de lo que ordinariamente se llama sacarse los cueros al sol, sino que definitivamente de su parte no tiene ánimo de conciliación". Tanto ella como su marido estaban en su derecho de guardar silencio a ese respecto, entre otras razones por el bien de los hijos.

No sobra advertir, a manera de rectificación a lo expuesto por el Fiscal del Tribunal, que según el Art. 167 del C. C., la separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, es decir, que el vínculo permanece incólume, al contrario de lo que ocurre con el divorcio en el matrimonio civil (Art. 152 ibídem).

El Art. 166 no exige tampoco que en el proceso de separación de cuerpos se demuestre la situación económica de los cónyuges; basta que éstos determinen en la demanda la manera como van a proveer a su propia subsistencia y a los gastos de los hijos, incluyendo en éstos los de crianza, establecimiento y educación. La ley admite en ese sentido la manifestación acorde de los cónyuges, salvo que ésta sea desfavorable para los hijos, en cuyo caso, en interés de los mismos, el juez puede objetarla, previo concepto del Ministerio Público, a petición de parte o de oficio. De otro lado, el Art. 23 de la Ley 1ª en su inciso tercero (Art. 423 del C. C.) da validez a los pactos de los cónyuges, en cuanto convengan, como aquí se hizo, en fijar la cuantía de sus respectivas obligaciones económicas, sin perjuicio de que a solicitud de parte, el mismo juez las modifique posteriormente si cambiaren las circunstancias que motivaron ese convenio, "previos los trámites establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil".

Para terminar con el estudio de las razones que movieron al Fiscal para apelar la sentencia recurrida, se observa que la audiencia de que trata el Art. 445 del C. de P. C., no es de carácter secreto ni en caso de que lo fuese a ella le estaría vedado el acceso al apoderado o apoderados de las partes, de suerte que ese motivo mal puede servir de fundamento para que en el presente caso se revoque la sentencia apelada.

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, CONFIRMA el fallo de fecha 7 de septiembre de 1976 proferido este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Sin costas.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario

SEPARACION DE CUERPOS

(de matrimonios católicos ante jueces civiles)

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

(Consejero ponente: Doctor

Para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 10 de julio de 1976 en este proceso de separación de cuerpos, se tiene en cuenta lo siguiente:

1. En demanda presentada el 14 de febrero del año en cita, corregida el 2 de marzo siguiente, María Olga Corral de Osorio solicitó que, previa la tramitación correspondiente al proceso abreviado, se decretase la separación de cuerpos, "indefinida o definitiva", de la demandante y su cónyuge Abel Augusto Osorio Montes y, consecuencialmente, la disolución de la sociedad conyugal por ellos formada, cuya liquidación debe efectuarse seguidamente.

2. Estas pretensiones se basan en los siguientes hechos, relacionados en la demanda:

a) Abel Augusto y María Olga contrajeron matrimonio católico el 1º de julio de 1951 en la parroquia de San Antonio de Padua de la Ciudad de Bogotá, procreando cuatro hijos a saber: Augusto, Alba Lucía, Jorge Eduardo y Luis Fernando, nacidos el 2 de abril de 1953, el 7 de octubre de 1955, el 7 de marzo de 1957 y el 25 de noviembre de 1961, el primero en Barranquilla, y los tres siguientes en Pasto, en donde están radicados los cónyuges desde hace más de veinte años, permaneciendo los dos últimos "bajo el amparo y protección de su madre", el primero casado y viviendo fuera del hogar paterno y la segunda estudiando en Bogotá "bajo la protección de una de sus tías";

b) El demandado ha vivido en "amancebamiento público o adulterio" con (Sofía Casalini) en la ciudad de Popayán, a donde viaja con frecuencia por razones de su empleo, siendo frutos de esas relaciones sexuales "tres niños menores, llamados Saydi y Jaime y otro menor cuyo nombre no se conoce", dando mal trato a la demandante "en embriaguez habitual", y además "la unión sexual con su concubina mencionada le ha hecho faltar, sin duda, a los deberes de marido legítimo, a la vez que les ha dado mal ejemplo notorio a sus hijos legítimos, con su conducta inmoral"...;

c) Los ultrajes de palabra —y en veces de obra— de Osorio contra su cónyuge son por demás soeces y se los dirige delante de sus hijos, quienes, por tanto, "con entera independencia, y en cumplimiento de la conciencia" lo han declarado así fuera del proceso;

d) El demandado es dueño de una casa en Pasto, habitada por él, cuando allí llega de sus constantes viajes, y de un jeep Nissan Patrol, y obtiene ingresos mensuales de $ 37.000.00.

3. Notificados personalmente tanto el Fiscal 4º del Tribunal, a quien le fue repartido al efecto el negocio, como el demandado, ambos dieron contestación oportuna a la demanda: el primero, aceptándola en su integridad y abogando por los intereses de los hijos, como era su deber legal; y el segundo, oponiéndose sólo a estos hechos: que no es propietario del jeep Nissan Patrol, relacionado en la demanda que su sueldo no es el relacionado en el libelo sino el de $ 19.400.00 fijos, más comisiones que no pasan de $ 5.150.00 al mes, debiéndose tener en cuenta las deudas que pesan sobre su patrimonio y la "retención en la fuente" por razón del impuesto sobre

la renta, que monta $ 5.291.00, la cuota de los Seguros Sociales "y la suma de $ 1.141.75 por concepto de vida"; que el mal trato de que habla la demanda tendrá que ser probado, así como demostrará la conducta agresiva de la demandante para con él. Los demás, que son los relatados atrás, los acepta implícitamente pues nada dice sobre ellos. Tampoco se opone a la separación de cuerpos demandada.

4. Producidas las pruebas solicitadas por las partes, presentados los alegatos de conclusión y observando el a quo que no existía causal que invalidara la actuación pronunció la sentencia apelada cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Decrétase la separación de cuerpos del matrimonio católico celebrado entre la demandante señora MARIA OLGA CORRAL DE OSORIO y su esposo el señor ABEL AUGUSTO OSORIO MONTES, y se autoriza a los mismos para vivir separados. Copia de esta sentencia se enviará al funcionario civil, Notario 6º del Círculo de Bogotá, para los fines de su cargo.

"2º Los hijos legítimos del matrimonio Osorio Corral, menores de edad: ALBA LUCIA, JORGE EDUARDO y LUIS FERNANDO OSORIO CORRAL, quedan a cargo de la madre señora MARIA OLGA CORRAL DE OSORIO, quien ejercerá en adelante la patria potestad y la representación legal de los mismos, con cargo de atender a su asistencia, educación y formación competente. Los menores y su madre podrán continuar habitando en la casa que actualmente ocupan.

"3º Condénase al señor ABEL AUGUSTO OSORIO MONTES, a pagar mensualmente (hasta el último día de cada mes) a partir de la ejecutoria de esta providencia, en favor de la señora MARIA OLGA CORRAL DE OSORIO, por concepto de pensión definitiva de alimentos y de sostenimiento de los hijos y de la cónyuge, el cuarenta por ciento (40%) de su sueldo básico mensual e igual porcentaje de toda bonificación, prima o prestación a que tenga derecho.

"Parágrafo: El señor Osorio no podrá ausentarse del país, sin dejar garantía que respalde el cumplimiento de esta obligación. En consecuencia se comunicará lo resuelto a las autoridades del D.A.S. por conducto de la Seccional de esta ciudad (Art. 80 Ley 83 de 1945).

"4ª Decrétase la disolución de la sociedad conyugal vigente entre las partes de este negocio y se dispone proceder a su posterior liquidación, a petición discrecional.

"Costas, el 50% a cargo del demandado, en esta instancia".

5. Apelada por el demandado la anterior providencia, procede la Corte a decidir el recurso en virtud de ser competente al respecto de conformidad con lo dispuesto por el Art. IX del Concordato actualmente vigente, aprobado por la Ley 20 de 1974 y mediante las consideraciones que siguen:

La sentencia apelada

a) Después de historiar el proceso y de encontrar demostrados los presupuestos procesales, entra el Tribunal en su estudio detallado empezando por fijar los por él llamados aspectos sustantivos y procesal de la naturaleza de la acción de separación de cuerpos, el primero de los cuales esencialmente consiste, según el fallador, en la obligación legal de los cónyuges de "vivir juntos", y el segundo en que la decisión correspondiente es "constitutiva de un estado de cosas en la vida conyugal"; que sólo puede intentar la acción el cónyuge "que no haya dado lugar a los hechos que la motivan"; que tiene un lapso de caducidad de un año cuando se alegan las causales primera y séptima del artículo 154 del Código Civil, "contado desde cuando tuvo conocimiento de los hechos y desde cuando éstos se sucedieron si se trata de las causales 2, 3, 4 y 5 de la misma norma. En todo caso, sólo podrá formularse demanda dentro de los años siguientes a la ocurrencia de los eventos mencionados. El término para la caducidad de la pretensión fundada en hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1976, se cuenta a partir de la promulgación en el Diario Oficial, el 13 de febrero de 1976"; y que, por último, "la separación de cuerpos no constituye cosa juzgada material que impida la reanudación voluntaria de la vida común entre los cónyuges, ni la posterior demanda de separación, si hubiere lugar a ello (Art. 423, parágrafo 2º del Código de Procedimiento Civil)";

b) Pasa enseguida el Tribunal al estudio de las acciones acumulables en procesos de la naturaleza del contemplado, y dice que el juzgador debe pronunciarse sobre materias muy diversas, como son: la curaduría del cónyuge menor de edad; el depósito de los hijos menores; la cuota para habitación y sostenimiento del cónyuge y de los hijos comunes y para la educación de éstos, fijando la proporción en que los cónyuges deben contribuir; las medidas cautelares en caso de que la mujer estuviere embarazada; y, especialmente, el decreto de disolución de la sociedad conyugal y su liquidación, sentando la premisa de que, en cuanto al amparo de los hijos, debe tenerse en cuenta que es al cónyuge inocente al que debe conferírsele.

c) Continúa el a quo con el estudio de las causales de separación de cuerpos establecidas por el artículo 4º de la Ley 1ª de 1976, reformatorio del 154 del Código Civil, alegadas por la demandante, pronunciándose sobre ellas así:

(I) Relaciones sexuales extramatrimoniales: están suficientemente comprobadas con la copia de la inscripción correspondiente en el registro civil de Popayán, en la que el propio demandado declara ser padre natural de Saydi Adriana Osorio Casalini. Además, habiendo nacido esta niña el 23 de octubre de 1969, las relaciones sexuales entre Osorio y la Casalini se ubican "entre el 23 de diciembre de 1968 y el 23 de abril de 1969" de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, "fechas anteriores a la de la vigencia de la Ley 1ª de 1976, a partir de la cual debe contarse el lapso de caducidad", que es de un año.

(II) Grave e injustificado incumplimiento de los deberes familiares: No encuentra el Tribunal, después del análisis del interrogatorio de parte de la demandante y de las declaraciones de los testigos Esther Guancha, Luis Delio Morales, Humberto Dorado Garcés y Emilio Vera, demostrada esta causal. En efecto, dice el demandado, sostiene, aunque sin gran generosidad, su casa; contribuye a los gastos de la cónyuge y de sus hijos comunes y costea la educación de éstos.

(III) Ultrajes y trato cruel: Considera el a quo demostrada esta otra causal, no presentándose en ella caducidad —dice— "por fundarse en hechos actuales y reiterados". Aprecia al efecto las declaraciones rendidas por Augusto Osorio Corral, hijo de los litigantes, y Esther Guancha, empleada del servicio doméstico, así como también la confesión presunta del demandado, quien no concurrió a absolver el interrogatorio de parte que le fuera solicitado, "previa citación personal que se le hiciera", todo corroborado con el dicho del médico familiar, Humberto Dorado Garcés, rendida a solicitud del demandado. Termina el a quo este análisis probatorio diciendo que la embriaguez frecuente del demandado "actúa como agente destructor de su conducta familiar", sin decir que se trata de una causal específica de la separación de cuerpos solicitada, sino hecho corroborante de la estudiada. Por ello no se detendrá la Corte en lo alegado sobre el particular por el apelante.

Conclusiones del examen probatorio son, para el Tribunal, las siguientes:

"a) El esposo ostenta absoluta indiferencia frente a las exigencias morales y sentimentales de la cónyuge y de la familia;

"b) Reiteradamente ha incurrido en malos tratos de palabra e injurias graves a su esposa, con expresiones lesivas de la dignidad personal y suficientes para constituirse en coacción subjetiva y desde luego para destruir la paz y el sosiego domésticos;

"c) Alguna vez quiso llegar a ultraje de hecho... y las ofensas se repiten...' cuando llega a la casa, en sano juicio o embriagado...';

"d) Los brotes de incultura se han realizado en presencia de los propios hijos, con detrimento de su formación moral".

"e) No habiéndose opuesto el demandado a que se decretase la pretensión de la demanda respecto a la separación de cuerpos, sino a las afirmaciones hechas en los fundamentos de la causa petendi relacionadas con algún bien denunciado como social (jeep) y a la cuantía de sus sueldos y monto de sus deudas, en el alegato presentado ante la Corte cambia completamente de actitud y solicita la revocación integral de la sentencia apelada. Ataca las dos causales que el fallador de primera instancia encontró procedentes para fundamentar

su decisión atrás transcrita, empezando por la última, así:

a) Ultrajes, trato cruel. Dice el recurrente que el Tribunal no ha debido apreciar los testimonios de Esther Guancha y de Augusto Osorio Correal, ya que aquélla no se identificó ni cuando rindió declaración fuera de proceso ni cuando la ratificó ante el Magistrado sustanciador, y que éste es testigo sospechoso por ser hijo de los litigantes, suponiéndose más inclinado a favorecer los intereses de su madre. Agrega que el deponente Dorado Garcés "no da cuenta de ningún hecho que se traduzca en ultraje, trato cruel o mal tratamiento de obra". Nada dice respecto de la confesión presunta de que habla el fallador a quo, y expresa que de los testimonios de Luis Delio Morales y Francisco Vera Herrera, rendidos a petición suya, se deduce el mal trato que la demandante daba a su cónyuge.

b) Relaciones sexuales extramatrimoniales. Como no podía ser de otra manera, por cuanto el mismo demandado fue el firmante del acta de registro civil de nacimiento de Saydi Adriana, en donde consta que ella es hija natural suya y de Sofía Casalini, dedúcese que acepta las relaciones extramatrimoniales denunciadas en la demanda como causal de la separación de cuerpos. Es más: en el escrito de apelación dice su apoderado: "estoy totalmente de acuerdo con los hechos, según los cuales el padre de la menor SAYDI ADRIANA OSORIO CASALINI nacida en Popayán el 23 de octubre de 1969, circunstancia que conduce necesariamente al a quo a situar las relaciones sexuales con la madre entre el 23 de diciembre de 1968 y el 23 de abril de 1969...". Pero dice en seguida que se presenta el fenómeno de la caducidad de la acción, por cuanto, en desacuerdo con la tesis del Tribunal, la dicha causal ha debido alegarse en su tiempo ante la jurisdicción eclesiástica.

Consideraciones

a) Ultrajes, trato cruel. En lo que hace a la declaración de Esther Guancha, se tiene lo siguiente: Ella declaró primeramente fuera de proceso, en diligencia adelantada el 15 de octubre de 1975 ante el juez 3º municipal de Pasto declaración esta que fue acompañada a la demanda incoativa, en la que se solicitó que se ordenase su ratificación. Diligencia esta que se surtió ante el Magistrado sustanciador en audiencia celebrada el 5 de marzo de 1976. En aquella declaración, la testigo se identificó con su cédula de ciudadanía; en ésta no. Por tanto: debiéndose proceder en la diligencia de ratificación de un testimonio en igual forma que en su recepción; y exigiendo el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil la identificación del testigo, sin lo cual lo dicho por él no puede apreciarse en el proceso (Art. 229, ibídem), ha de concedérsele razón al apelante y, por tanto, no le concederá la Corte mérito probatorio a esta declaración.

En cuanto a la rendida por Augusto Osorio Corral, la conclusión habrá de ser la contraria, porque "en concepto del juez" (Art. 217 Código de Procedimiento Civil) no es sospechosa. En efecto: nada hace suponer, de lo que obra en el proceso, que necesariamente está más inclinado a favorecer los intereses de su madre frente a los de su padre, máxime cuando no son contrarios porque éste, como ya se dijo, no se opuso a la separación de cuerpos demandada por aquélla; su declaración es sincera, amplia, razonada, y relata todo los hechos y circunstancias de las cuales se deduce el hecho de que los cónyuges en cuestión "no hacen pareja", como lo dice el testigo Humberto Dorado Garcés, citado por el demandado, muy objetivamente, o como lo expresa Francisco Vera Herrera, también llamado por Osorio Montes, a quien ambos cónyuges le habían manifestado su deseo de separarse; y concuerda con todas las declaraciones rendidas en el proceso, tanto a petición de la demandante como del demandado, en cuanto a que éste ingería alcohol muy frecuentemente, "de lunes a lunes" dice uno de ellos y que, en tales circunstancias, se volvía bastante agresivo. La Corte comparte el siguiente concepto del a quo sobre el particular:

"No puede exigirse una multitud de testimonios sobre hechos que acaecen, por lo común, en la intimidad del hogar y que se ocultan de ordinario al conocimiento y a la crítica sociales. Por eso adquiere especial relieve la declaración, espontánea y senti-

da, hecha en los autos por el hijo mayor de los esposos Osorio-Corral cuya actitud denota el deseo de dar solución a la tragedia de sus padres. Y es precisamente ésta la finalidad inclusa en el régimen de separación de cuerpos: interponer distancia entre las personas, para que puedan mirar serenamente sus conductas y decidir sobre su futuro".

Por último, es evidente que, por confesión presunta, el demandado aceptó el interrogatorio que se le había formulado, en aquellos hechos que el Magistrado sustanciador encontró susceptibles de probarse por tal medio, además de que, contra lo que anunció en el escrito de contestación de la demanda, nada demostró plenamente sobre la conducta agresiva de la demandante, que por su parte sí probó la de su demandado, como acaba de verse. Uno de los testigos de Osorio Montes, quizá el más calificado, el doctor Dorado Garcés, dice: "Desde hace 20 años me han unido estrechos lazos de amistad con la familia Osorio Corral como médico de ellos. La señora Olga en mi concepto, es una dama en el sentido lato y en sentido estricto de la palabra, una ama de casa inmejorable que mantiene su hogar limpio y ordenado, que ha sabido levantar sus hijos cultos y educados y muy saludables...".

Es cierto que las causas de separación, como las de divorcio, no pueden comprobarse con la sola confesión; pero en este caso, como se vio, además de ella obran las declaraciones analizadas (Art. 156 C. C.).

Según lo dispuesto por el artículo del Código Civil acabado de citar, aplicable al caso por mandato del 168 ibídem, tal como lo reformaron los preceptos 6 y 18 de la Ley 1ª de 1976, la separación de cuerpos, por la causal que se viene mencionando, sólo puede solicitarse "dentro del término de un año, contado... desde cuando se sucedieron" los hechos que la configuran. El testigo Osorio Corral informa que "todas las veces que viene a Pasto" le da el demandado a su cónyuge un trato cruel, consistente en insultos soeces. En veces acompañados de serias amenazas, sin que se detenga a precisar la fecha desde la cual esa conducta se presentó. De lo que se deduce que se trata de un fenómeno continuado, que culminó con la determinación tomada por la demandante, siendo entonces acertada la afirmación del a quo de que el punto de partida para fijar el plazo dicho es el del último maltratamiento y el del primero, porque de lo contrario podría resultar írrita la causal en cuestión, toda vez que una anormal conducta inicial no sería suficiente para fundamentarla; es prudente, por lo menos, esperar la repetición de ella hasta el punto de provocar tan grave resolución como es la de solicitar el decreto de separación de cuerpos, con todas sus consecuencias sobre la vida y el patrimonio conyugales.

b) Relaciones sexuales extramatrimoniales. Esta causal está demostrada muy ampliamente: fue admitida en el escrito de contestación a la demanda; en el acta de registro del nacimiento de Saydi Adriana, sentada en virtud de denuncia del propio demandado, que la firma, aparece que aquélla "es hija natural de Augusto Osorio Montes... y Sofía Casalini Galindo..."; el demandado admitió el hecho como se desprende de su confesión presunta; y en el memorial con que se fundamentó este recurso de apelación, dice su apoderado que está "totalmente de acuerdo con los hechos, según los cuales el demandado es el padre de la menor Saydi...". De manera que, además de las confesiones del cónyuge, obran otras pruebas, suficientes para tener esta causal como plenamente demostrada.

Pero en el escrito últimamente mencionado, se dice que es equivocada la tesis del a quo consistente en que la caducidad de un año, establecida en el artículo 156 del Código Civil, debe contarse a partir de la vigencia de la Ley 1ª de 1975 y no desde cuando la demandante tuvo conocimiento de dichas relaciones sexuales, en tratándose de matrimonios católicos contraídos antes de dicha fecha, que no de los civiles, por cuanto con anterioridad a ella los procesos correspondientes debían adelantarse ante la jurisdicción eclesiástica y en las normas de derecho canónico también se encuentra establecida la caducidad de la acción, aunque reducida a seis meses.

Estando demostrada la operancia de la causal relacionada con el trato cruel, de

acuerdo con las conclusiones expuestas en la letra a) anterior, bien podría la Corte abstenerse de considerar este otro aspecto. Pero lo hace para fijar su pensamiento sobre el particular, teniendo en cuenta la novedad del tema:

En el Concordato aprobado por medio de la Ley 35 de 1888, se dijo que "serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieren a los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil"; en cambio, en el aprobado por medio de la Ley 20 de 1974, vigente desde el 2 de julio de 1975, día del canje de ratificaciones, se dijo que "las Altas Partes Contratantes convienen que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia. A solicitud de uno de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia, salvo la competencia del Tribunal para adoptar las medidas precautelativas que estime convenientes. Vencido el plazo el respectivo Tribunal reanudará el trámite correspondiente" (Art. IX). En la letra f) de las declaraciones formuladas en el acta de canje de ratificaciones, se agregó "que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo noveno del Concordato de 1973, las causales de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos, a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado deberán ser presentadas ante los jueces del Estado; sin embargo se entiende que las causas introducidas ante las autoridades eclesiásticas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado seguirán su trámite ordinario ante dichas autoridades, en virtud del principio de los derechos adquiridos a menos que las partes soliciten que la causa pase a consideración de la autoridad judicial competente del Estado Colombiano". Es decir, que a partir de la fecha indicada, los procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos —para limitar a ellos el problema— deben adelantarse antes los "Jueces del Estado" y no ante las autoridades eclesiásticas, las cuales seguirán tramitando, únicamente, aquéllos de que venían conociendo antes del 2 de julio de 1975, a menos que las partes soliciten lo contrario.

Los jueces colombianos deben aplicar la legislación Nacional y no la Canónica en estos procesos de separación de cuerpos. Sobre el particular, dice lo siguiente el profesor Fernando Hinestrosa en su tratado titulado "Concordato, Matrimonio y Divorcio", pág. 126, que la Corte comparte:

"Atribuidos los procesos de separación de cuerpos a la jurisdicción civil, ésta obviamente habrá de aplicar la ley civil. A este propósito es útil recordar la nota del Embajador Echandía de abril de 1942, respecto del convenio entonces en ciernes: 'Tengo instrucciones para asegurar que mi Gobierno entiende que al aplicar el artículo 10 de la nueva convención, los tribunales civiles colombianos deberán tener en cuenta como causales de separación de cuerpos en el matrimonio católico no sólo las de la ley civil, sino también las previstas en el canon 1131 del C. I. C. y que tienen carácter puramente religioso'. No se sabe de una declaración análoga con oportunidad del convenio de 1972. Pero así se hubiera expedido, parece que lo lógico no es un reenvío de ese orden por simple nota, sino la reforma de la legislación civil acerca de la separación personal, como se comentará en el capítulo X del presente estudio, para no insistir en la involucración de los dos ordenamientos y en la recepción formal, y no poner a los jueces civiles a interpretar y aplicar preceptos de otra índole, en este caso de naturaleza estrictamente religiosa, con las dificultades y riesgos de esa tarea en tales condiciones".

El llamado divorcio en el Código Civil, antes de la reforma efectuada por la Ley 1ª de 1976, equivalía a la separación de cuerpos que no tenía la virtud de disolver el vínculo matrimonial. Con la expedición de la citada ley, la situación cambió fundamentalmente: se estableció el divorcio vincular (Art. 1º) para los matrimonios civiles y consecuencialmente, la disolución por esa causa de tales matrimonios y, como institución aparte, se consagró la separación de cuerpos sin disolución del matri-

monio pero sí de la sociedad conyugal, pudiendo motivar el divorcio de perdurar por más de dos años, pudiéndose entonces llegar a afirmar, especulativamente, que al divorcio vincular de los matrimonios civiles puede llegarse por mutuo consentimiento de los cónyuges, ya que este acuerdo, manifestado ante el juez competente, es causal de separación de cuerpos. Esta, entonces, no estaba reglamentada en el Código Civil; fue la Ley 1ª de 1975 la que entró a regularla, tratándose por consiguiente de una institución nueva, no existente con anterioridad, que rige para los matrimonios tanto civiles como canónicos, ya en cuanto a "los que se celebran con posterioridad a su vigencia, como a los celebrados con anterioridad a ella" (Ley 1ª de 1975, Art. 29).

En un caso análogo, en que la ley no estableció su vigencia retroactiva (75 de 1968), la Corte se ocupó extensamente sobre el tema de si la caducidad de dos años establecida en el artículo 10 de tal Estatuto, que se cuenta a partir de la fecha de la muerte del padre o del hijo, obra de la misma manera para los casos en que dicha defunción ocurrió antes o después de la vigencia de la ley, llegando a la conclusión de que en el segundo la fecha de la muerte es el punto de partida para la determinación del plazo, y en el primero el de la vigencia del estatuto, por cuanto se trata de una norma legal que antes no existía, y porque tales normas "en principio y para garantizar el don de la seguridad jurídica, deben regir para el futuro, más si no existe en ellas voluntad expresa del legislador de darles efecto retroactivo" como es el caso de la Ley 1ª comentada, cuyo artículo final, el 31, dispone que ella rige "desde el día de su promulgación...".

En el problema ahora debatido, las circunstancias son semejantes: se trata de una institución nueva en el régimen de familia, como se dijo atrás, porque el Código Civil no contemplaba sino el divorcio y la separación de bienes, y el estatuto de 1976, autorizándolos también, adiciona la separación de cuerpos; "precedido —dice— de un cuarto parágrafo intitulado 'de la separación de cuerpos', el artículo 165 del Código Civil quedará así: "La Ley 1ª no estableció, como ya se hizo notar, su vigencia retroactiva. No contemplando la legislación anterior las caducidades en los artículos 18 y 6º del nuevo estatuto, que es el aplicable por los jueces civiles competentes, como se dejó establecido anteriormente, mal pueden obrar para matrimonios Católicos celebrados antes de su vigencia, como lo dice el recurrente, puesto que, se repite, sus normas rigen para el futuro solamente.

8. Peticiones finales. Pide el recurrente, al finalizar su escrito, que en caso de que la Corte no halle procedentes las solicitudes que se dejaron estudiadas, se consideren estas dos: a) que el 40% fijado a cargo del demandado para el sostenimiento de la cónyuge y de los tres hijos menores de que habla la resolución segunda de la sentencia apelada es elevada y puede fácilmente sobrepasar el máximo establecido en el artículo 76 de la Ley 83 de 1946, teniendo en cuenta que sus ingresos están gravados con impuestos, retenciones para Seguros Sociales, intereses por deudas que pesan sobre el patrimonio familiar, que siguen pesando en contra suya, y porque la cónyuge y los hijos beneficiados además, seguirán habitando el inmueble común, a lo que se agrega que la menor Alba Lucía dejó de estar al cuidado de su madre, circunstancia que el fallador no tuvo en cuenta, como se demostró ante la Corte, a donde se trajo copia del acta de Registro Civil, extendida el 10 de julio de 1976 en la Notaría 2ª del Círculo de Pasto, que demuestra su matrimonio católico con Manuel Antonio Gudiño; y b) que lo resuelto en el parágrafo del 3º de los ordenamientos del Tribunal debe revocarse, por cuanto en la demanda incoativa no se formuló ningún pedimento al respecto.

Las razones expuestas para fundamentar la petición a) están justificadas y demostradas: a cargo de la cónyuge no quedan sino dos hijos menores y ninguna erogación tendrá que hacer por casa de habitación, que dentro de los índices del costo de vida es uno de los renglones más altos, estimándose en un 35% del total; y el demandado, evidentemente, tiene gravados sus ingresos con partidas superiores a los siete mil pesos mensuales. En consecuencia, se reformará la sentencia apelada en la primera parte de su numeral 3º.

En lo que hace a la petición b), la Corte considera que, tratándose de una ordenación consecuencial a la de alimentos, según lo mandado por el artículo 88 de la Ley 83 de 1946, el fallador bien podía, como en casos similares, tiénese ya dicho, obrar en la forma en que lo hizo sin necesidad de petición especial de la demandante. Se trata de una medida de seguridad para el cumplimiento de las obligaciones decretadas en la sentencia y nada más.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 10 de julio de 1976, excepción hecha del numeral 3º de su parte resolutiva, que quedará así:

3. Condénase al demandado Abel Augusto Osorio Montes a pagar mensualmente, (hasta el último día de cada mes), a partir de la ejecutoria de esta providencia, a favor de María Olga Corral de Osorio, por concepto de pensión definitiva de alimentos y de sostenimiento de los hijos a su cargo y de la cónyuge, el 30%, de su sueldo básico mensual e igual porcentaje de toda bonificación, prima o prestación a que tenga derecho.

Parágrafo. El señor Osorio no podrá ausentarse del país, sin dejar garantía que respalde el cumplimiento de esta obligación. En consecuencia, se comunicará lo resuelto a las autoridades del D.A.S., por conducto de la Seccional de Pasto.

El 50% de las costas en segunda instancia, a cargo de la parte apelante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

TRANSPORTE

Responsabilidad del transportador. Hechos que configuran la responsabilidad por incumplimiento. Ley aplicable. La cosa transportada es siempre un cuerpo cierto, no un bien de género

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario de la FEDERACION NACIONAL DE ALGODONEROS contra la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES LTDA. —COPETRAN—.

I

Antecedentes

1. La demanda originaria del proceso contiene los siguientes pedimentos:

"**Primero.** Que la Cooperativa demandada está obligada y así se le condene a entregar a la Federación demandante, ciento diez (110) pacas de algodón grupo doscientos once (211), con veinticuatro mil novecientos ochenta y ocho (24.988) kilos netos de peso, puestas en Barranquilla, en las bodegas de 'INAGRARIO', dentro de los tres (3) días siguientes a la sentencia que ello ordene, o el valor comercial que al algodón se fije por peritos designados por el Juez del conocimiento.

"**Segundo.** Que la Cooperativa demandada y así se le condene está obligada a pagar a la Federación demandante, a partir de la ejecutoria de la sentencia que ello ordene, los perjuicios causados. daño emergente y lucro cesante, por la no entrega oportuna del algodón a que se refiere esta demanda, determinada la indemnización respectiva por peritos elegidos por el Juzgado del conocimiento.

"**Tercero.** Que se condene en costas a la parte demandada".

2. Como fundamentos de hecho de estas pretensiones, se invocan los que pueden resumirse así: entre la Federación y la Cooperativa se celebraron varios contratos de transporte para conducir el algodón correspondiente a las cosechas de 1969 a 1972 desde las distintas plantas desmotadoras, entre ellas la de Codazzi hasta Barranquilla o Cartagena, con "la obligación del porteador de transportar la carga en vehículos de su propiedad o de terceros contratados por él, bajo su responsabilidad y con la condición expresa de conducir el cargamento debidamente carpado"; en ejecución del último de estos contratos, la Federación entregó a la Cooperativa, en Codazzi, el día 8 de marzo de 1972, 110 pacas de algodón que contenían 24.988 kilos netos, para entregarlas en la bodega de "INAGRARIO" en Barranquilla: el cargamento no llegó a su destino y la Cooperativa alega que la inejecución del contrato de transporte se debió a que el vehículo que llevaba la carga se incendió, hecho que, en concepto de la Federación, "no constituye ni caso fortuito ni fuerza mayor"; el cargamento perdido valía, en el momento de su entrega a la Cooperativa, la suma de $ 449.550.60, pero actualmente vale más, como se demostrará mediante prueba pericial.

3. Contestó la Cooperativa el libelo aceptando algunos de los hechos, negando otros

y diciendo que no le constan los restantes; manifestando oponerse a las súplicas de la parte actora, e invocando como excepciones de fondo la de fuerza mayor y la de "ausencia de culpa".

4. El Juez Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, quien conoció del proceso en la primera instancia, dictó sentencia en la cual resolvió:

"1º Condenar a la Cooperativa Santandereana de Transportes 'Copetrán' a entregar a la Federación Nacional de Algodoneros, CIENTO DIEZ PACAS DE ALGODON GRUPO DOSCIENTOS ONCE, CON VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO KILOS DE PESO, tres días después de estar ejecutoriada esta sentencia, o en su defecto, el valor de las mismas al precio actual.

"2º Condenar in genere a la misma Cooperativa al pago de los perjuicios que haya podido causar con su incumplimiento.

"3º Condenar en costas a la parte demandada".

5. Contra este fallo interpuso la Cooperativa el recurso de apelación, que fue desatado mediante sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en la cual se confirmó en todas sus partes lo decidido por el inferior, con costas a cargo de la parte recurrente.

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. Encuentra el Tribunal que en el proceso aparecen debidamente demostrados los siguientes hechos: a) La celebración del contrato de transporte del cual pretende la parte actora derivar la responsabilidad de la Cooperativa; b) La entrega de las 110 pacas de algodón, que fueron recibidas "en la desmotadora de Codazzi por el señor FRANCISCO SANCHEZ MARTINEZ, para ser transportadas a Barranquilla en su vehículo de carga marca Mercedes Benz, Modelo 1970, Placas 83-74, manejado por el mismo SANCHEZ MARTINEZ, el día ocho (8) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972), autorizado por Transportes Copetrán según consta en la orden provisional Nº 470 de la misma fecha..."; c) La circunstancia, confesada en la contestación de la demanda, de que el cargamento no ha sido entregado a su destinatario, esto es, la propia Federación; y d) El incendio del vehículo en que se transportaba el algodón y la pérdida total de éste por dicha causa.

2. Probada así la inejecución del contrato de transporte por parte de la Cooperativa, entra el juzgador en el estudio de la excepción de fuerza mayor, propuesta en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión de primera instancia.

Al efecto, transcribe el texto del artículo 992 del Código de Comercio, que prevé las causas de exoneración de la responsabilidad del transportador, entre ellas la fuerza mayor acaecida sin culpa de éste, y el del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que la define, sentando la conclusión de que "la nota característica de la fuerza mayor o caso fortuito consiste en lo imprevisible y a la vez irresistible del acontecimiento".

Y luego de citar doctrinas de la Corte sobre los requisitos que debe reunir la fuerza mayor, llega a las siguientes conclusiones, que conviene reproducir textualmente:

"Considera la Sala que los conceptos anteriormente transcritos que constituyen la noción aceptada por nuestra jurisprudencia del concepto jurídico de fuerza mayor o caso fortuito, no pueden aplicarse al incendio ocasionado en el vehículo transportador de la mercancía en cumplimiento de contrato de transporte celebrado entre las partes en este proceso, suceso narrado por el señor FRANCISCO SANCHEZ MARTINEZ, conductor y propietario del mismo vehículo transportador y que ha sido alegado por la parte demandada como exonerador de su responsabilidad por el incumplimiento del contrato de transporte.

"En efecto: según consta a los folios 6 y 7 del C. 1º, la parte demandante celebró con la parte demandada contrato para el transporte de pacas de algodón de acuerdo con las cláusulas de dicho contrato suscrito en el mes de noviembre de 1971. Según las cláusulas de ese contrato, las labores de cargue y descargue de los camiones serán por cuenta y riesgo del transportador en lo que se refiere a su pago, pero la Federación suministrará al transportador el personal y los equipos existentes para tales labores. Esta cláusula, quinta del con-

trato, claramente estatuye que el cargue y descargue de los camiones serán por cuenta y riesgo del transportador y ello es obvio porque si no fuese así se estaría estipulando algo en contra de la naturaleza misma del contrato de transporte. El Art. 982 del Código de Comercio dice que el transportador estará obligado a conducir a las personas o las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato. Y el Art. 981 define el transporte: 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 el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.

"Cuando en la cláusula comentada se estatuye: 'pero la Federación suministrará al transportador el personal y los equipos existentes para tales labores', no estipula nada que desvirtúe la naturaleza del contrato, sino que establece para la Federación la obligación de suministrar al transportador personal y equipos para que éste pueda realizar las labores de cargue y descargue: Estas, obviamente son de cuenta y riesgo del transportador, y en ellas debía haber tomado todas las precauciones para asegurar el cumplimiento del contrato, previendo naturalmente lo indispensable para la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del mismo contrato.

"En el caso estudiado se presentó el incendio del vehículo en que se transportaba la mercancía. Su iniciación la notó el conductor del vehículo cuando se dio cuenta por el espejo que salían llamas por la cola del vehículo, y según lo relata el mismo conductor, el fuego se propagó porque la carpa tiene parafina revuelta con petróleo. No puede afirmarse que en esas condiciones la propagación del incendio fuera un hecho irresistible porque es fácil prever que en una actividad como la anotada en la cual es frecuente que por la misma combustión interna del motor del vehículo, y por el tubo de escape o por cualquier otra circunstancia, como el mismo roce o fricción de los elementos, se producen chispas, si la carpa no contiene parafina revuelta con petróleo, materias por naturaleza inflamables, el incendio en lugar de propagarse fácilmente, podría resistirse y dominarse.

"Puede afirmarse que con mediana diligencia y cuidado por parte del transportador en las operaciones de cargue que él ante su exclusiva responsabilidad se había podido evitar la producción de la chispa que originó el incendio, o que esa chispa hubiera iniciado el incendio y que una vez iniciado se hubiera evitado su propagación.

"No encuentra la Sala plenamente probados los hechos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito alegados por la parte demandada y, por el contrario, sí encuentra probado que el incendio que impidió la ejecución del contrato de transporte se debió a culpa del transportador.

"No puede afirmarse que el incendio se debió a vicio propio o inherente a la cosa transportada porque en primer término no existe prueba de ello y en segundo término el algodón puede transportarse sin peligro cuando previamente se toman las precauciones necesarias para evitar su incendio como cotidianamente se observa el transporte del mismo sin que sea frecuente un evento de esa naturaleza".

IIII

La demanda de casación

Tres cargos formula la parte recurrente, todos ellos por la primera causal.

La Sala encuentra demostrados el segundo y el tercero. Mas como éstos apenas conciernen a parte de las decisiones contenidas en el fallo impugnado, será menester dar cumplimiento al inc. 2º del Art. 375 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor "... habrá lugar al estudio sucesivo de los demás cargos, a pesar de la prosperidad del primero, cuando éste sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de las demás".

Dada su íntima conexión, el segundo y el tercer cargos serán estudiados y decididos conjuntamente.

Primer cargo

Se formula de esta manera: "... acuso la sentencia de segundo grado de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1604, 1608, 1613, 1614, 1615, 1616, 2070 y 2072 del Código Civil, y 981,

982 y 1030 del Código de Comercio. Y de violar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890, 2073 del Código Civil y 992 del Código de Comercio. Tales violaciones tuvieron por causa los manifiestos errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas a que luego me refiero".

En desarrollo de la impugnación, la parte recurrente razona en forma que puede resumirse así:

1. Al examinar la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, propuesta por la parte demandada en su respuesta a la demanda, expresa el Tribunal: "En el caso estudiado se presentó el incendio del vehículo en que se transportaba la mercancía. Su iniciación la notó el conductor del vehículo cuando se dio cuenta por el espejo que salían llamas por la cola del vehículo, y según lo relata el mismo conductor, el fuego se propagó porque la carpa tiene una parafina revuelta con petróleo. No puede afirmarse que en esas condiciones la propagación del incendio fuera un hecho irresistible, porque es fácil prever que en una actividad como la anotada en la cual es frecuente que por la misma combustión interna del motor del vehículo, y por el tubo de escape o por cualquiera otra circunstancia, como el mismo roce o fricción de los elementos, se produzcan chispas, si la carpa no contiene parafina revuelta con petróleo, materias por su naturaleza inflamables, el incendio en lugar de propagarse fácilmente, podría resistirse o dominarse.

"Puede afirmarse que con mediana diligencia y cuidado por parte del transportador en las operaciones de cargue que él ante su exclusiva responsabilidad (sic) se había podido evitar la producción de la chispa que originó el incendio, o que esa chispa hubiera iniciado el incendio y que una vez iniciado se hubiera evitado su propagación.

"No encuentra la Sala plenamente probados los hechos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito alegados por la parte demandada y, por el contrario, sí encuentra probado que el incendio que impidió la ejecución del contrato de transporte se debió a culpa del transportador".

2. Con arreglo a doctrina sostenida por la Corte en diversas sentencias y a opiniones de expositores franceses que en alguna de ellas se citan, cuyos principales pasajes el impugnador transcribe, entiende ésta que la noción de fuerza mayor o caso fortuito implica cuatro elementos: a) La causa del daño; b) Que ésta no provenga de culpa del deudor; c) Que haya sido imprevista como hecho probable; y d) Que haya sido irresistible.

Cuando la causa del daño es conocida, el deudor ha de probar que ésta fue constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito. Mas si la causa del daño se ignora, es suficiente que demuestre su "ausencia de culpa", o sea que él tomó todas las precauciones necesarias para evitar que el daño se produjera, independientemente de la causa que lo produjo.

3. Sentadas estas bases, sostiene la censura que el Tribunal incurrió en los siguientes errores manifiestos de hecho:

"a) No tomó en cuenta la cláusula tercera del contrato de transporte celebrado entre demandante y demandada (C. 1, fls. 4 y 5), según la cual 'los vehículos deberán viajar debidamente carpados desde las desmotadoras hasta el sitio de descargue': ni la quinta que 'impone a la Federación la obligación de suministrar el personal y los equipos existentes para las labores de descargue de los camiones, entre los cuales se comprenden obviamente las carpas';

"b) Prescindió en absoluto de la declaratoria de confeso hecha por el Juzgado en la diligencia del 11 de febrero de 1974 (C. 1, fols. 10 y ss.), de la cual aparece que 'de acuerdo con los contratos celebrados por la Federación Nacional de Algodoneros con COPETRAN, los trabajadores de la Federación tenían que acondicionar la carga y carpar debidamente los camiones una vez cargados, sin que éstas fueran funciones de Copetrán'; y que 'los trabajadores de la Federación Nacional de Algodoneros, el día 8 de marzo de 1972, cargaron y carparon el camión de placas Nº 8334, en el cual se transportaban ciento diez (110) bultos de algodón';

"c) Pasó por alto el testimonio del chofer del camión, Francisco Sánchez Martínez, en cuanto expresa que el 8 de marzo de 1972 el camión con las 110 pacas de algodón 'fue cargado por los empleados que tiene la Federación en dicho lugar especia-

lizados en ese ramo o cargue'; que 'después de estar cargado lo carparon quedando sellado, ya que no puede salir ningún vehículo de la planta sin estar debidamente carpado'; y que 'no puede salir ningún vehículo de las Oficinas que quedan a la salida de la planta sin ser revisado acerca de los requisitos que exige, que son: bien carpado, llevar extinguidor y debidamente amarrado' ".

Estos yerros de facto concluye el impugnador, impidieron que el Tribunal tuviera por probado "el primero y más importante de los requisitos que estructuran el caso fortuito o fuerza mayor, el que la Corte denomina 'coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de falta del deudor' ", esto es, el segundo de los enumerados atrás.

4. En cuanto al elemento imprevisibilidad, o sea el tercero, dice el recurrente que "el propio Tribunal reconoce que el algodón se puede transportar sin peligro de incendio, pues no es frecuente un evento de esa naturaleza. Lo cual significa que no es normal que se presente un incendio del vehículo o de la carga de algodón, y, por consiguiente, siendo excepcional ese hecho no hay obligación de preverlo".

5. El último elemento o condición de la fuerza mayor o caso fortuito, es a saber, que el hecho haya sido irresistible, también está probado, concluye el censor. Y lo está mediante la declaración testimonial del chofer y la diligencia practicada por el Inspector de Policía de Palermo, pruebas que el Tribunal no tomó en consideración, por lo que a este aspecto se refieren, incurriendo por ello en manifiesto error de hecho.

6. Finalmente advierte el acusador que "la causa del incendio se desconoce en absoluto" y, sin embargo, el Tribunal afirmó, "en forma contraevidente, que el incendio se debió a culpa del transportador". Premisa esta de la cual deduce que "por no haber tomado en cuenta el Tribunal la circunstancia de que en el expediente no existía prueba alguna de la causa del incendio, y por haber preterido las que, como la declaratoria de confeso de la parte demandante, el testimonio del conductor del vehículo y la diligencia practicada por el Inspector de Policía de Palermo (fols. 12 v., 28 y 20 del C. 2), demuestran que esa causa jamás fue conocida, incurrió en manifiesto yerro fáctico".

Y concluye: "Los errores de hecho en que incurrió el Tribunal, denunciados por mí en los numerales anteriores, lo llevaron a aplicar indebidamente al caso litigado, sin ser pertinentes, las normas sobre responsabilidad del transportador e indemnización de perjuicios, que señalé en el encabezamiento del cargo, y a infringir, por falta de aplicación, las que consagran el caso fortuito, la fuerza mayor o la ausencia de culpa, como causas de exoneración de la responsabilidad del transportador por la inejecución del contrato, normas que también señalé en el encabezamiento del cargo".

Consideraciones de la Sala

1. Es indiscutible que si el transportador incurrió en una imprudencia sin la cual el incendio no hubiera destruido la mercancía transportada y esta imprudencia ha sido probada en el proceso, forzoso es declararlo responsable por no haber entregado la cosa sana y salva en el lugar de su destino (artículo 982 del Código de Comercio) y obligarlo a indemnizar al destinatario (artículo 1030 ibídem).

2. Si bien es cierto que la causa eficiente, esto es, el hecho que originó el incendio que consumió todo el algodón transportado, se ignora completamente, no lo es menos que la causa instrumental del siniestro, o sea aquello que determinó que el fuego se propagara rápida e irresistiblemente y consumiera íntegramente el cargamento, se conoce y está probada en el proceso. El transporte, en efecto, se hizo en vehículo automotor cubierto con una carpa impregnada de parafina y petróleo. Así lo afirma y admite el propio dueño y conductor del camión, quien expresa, en su declaración testimonial que "el fuego se propagó porque la carpa tiene una parafina revuelta con petróleo y así son las carpas en general" (C. Nº 2, fls. 26 vto.).

3. Alega el impugnador que, conforme a la cláusula quinta del contrato de transporte, las labores de cargue y descargue del vehículo competían, no a la Cooperativa transportadora, sino a la Federación remi-

tente y destinataria, comoquiera que según dicha cláusula "Las labores de cargue y descargue de los camiones serán por cuenta y riesgo del transportador, en lo que se refiere a su pago, pero la Federación suministrará al transportador el personal y los equipos existentes para tales labores". Y afirmando que entre dichos equipos "se comprenden obviamente las carpas", concluye que el Tribunal incurrió en palmario error de hecho al no tener en cuenta esta cláusula del contrato y haber encontrado probada una culpa de la Cooperativa en el cumplimiento de tareas que no eran de su incumbencia.

No es contraevidente la interpretación que el Tribunal le dio a la cláusula quinta, antes transcrita. Se refiere ésta a las labores de cargue y descargue de los camiones transportadores. La carpa forma parte del equipo del vehículo, y la Federación se obligó a suministrar personal e implementos para cargar y descargar los camiones, no para equiparlos. El sentido natural y obvio de la cláusula excluye la interpretación conforme a la cual la Federación debiera suministrar las carpas, que forman parte del equipo del vehículo.

4. El dueño y conductor del camión incendiado declaró, como ya quedó visto, que "el fuego se propagó porque la carpa tiene una parafina revuelta con petróleo (se subraya) y así son las carpas en general". De donde se concluye que efectuó el transporte en condiciones arriesgadas y peligrosas, tratándose de mercancía de naturaleza tan combustible como es el algodón y sabiendo que debía conducir la carga a través de regiones tórridas y constantemente expuestas a fuertes corrientes de aire, que no sólo pueden dirigir sobre aquélla, chispas del tubo de escape de gases del automotor, sino además propagar las llamas rápidamente con ayuda de sustancias de tal manera inflamables como son el petróleo y la parafina. Es esta una conducta notoriamente imprudente, que impide invocar con éxito cualquiera causa liberatoria de responsabilidad. A elemento que, como el algodón, es de por sí combustible, agregó el transportador otros aún más combustibles: la parafina y el petróleo.

5. No incurrió pues el Tribunal en los errores de facto que la censura le imputa. La conclusión de que "No encuentra la Sala plenamente probados los hechos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito alegados por la parte demandada y, por el contrario, sí encuentra probado que el incendio que impidió la ejecución del contrato de transporte se debió a culpa del transportador", se ajusta enteramente a las pruebas aducidas al proceso. Por lo tanto, el sentenciador aplicó debidamente las normas sustanciales concernientes a la responsabilidad del transportador, y dejó de aplicar, con sobrada razón, las que tocan con las causas de exoneración de esa responsabilidad.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo y tercer cargo

En su orden, están planteados así:

A "...acuso la sentencia del Tribunal de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 1613, 1614, 1615, y 1616 del C. C., a causa de los manifiestos errores de hecho que enseguida puntualizo".

A juicio de la censura, tales yerros fácticos fueron los siguientes:

"El Tribunal no percató que la demanda incoativa del proceso carecía en absoluto de hechos que pudieran servir de fundamento a la petición segunda del libelo, referente al pago de perjuicios, daño emergente y lucro cesante, no obstante lo cual, con violación del derecho de defensa de la parte demandada que no podía desvirtuar unos hechos que no habían sido materia de la relación procesal, la condenó a indemnizarlos. De no haber incurrido en este evidente yerro fáctico, es obvio que no habría acogido el sentenciador la segunda petición.

"Incurrió, igualmente, en otro error de la misma índole al condenar in genere a la Cooperativa demandada a pagar a la demandante los perjuicios que le hubiera podido causar con el incumplimiento del contrato, sin que existiera en el proceso, ni por asomo, prueba de tales perjuicios. Error de hecho evidente que llevó al Tribunal a imponer a la parte demandada tal condena, con base en prueba inexistente".

Y concluye así el impugnador: "Los errores de hecho antes apuntados, llevaron al

sentenciador a infringir, por aplicación indebida, los preceptos referentes a la indemnización de perjuicios, mencionados en el encabezamiento del cargo".

B. Por el tercero se acusa la sentencia de "haber infringido indirectamente por falta de aplicación, el artículo 1031 del Código de Comercio, al disponer que en defecto de la entrega de las 110 pacas de algodón a la entidad demandante, la demandada debería pagarle el valor de las mismas 'al precio actual'. Infracción que obedeció a los errores de hecho que adelante puntualizó".

El error se hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta que "en el hecho H) de la demanda se afirma que el algodón entregado para su transporte tenía, a la época de la conducción, un valor de $ 449.550.60, y que dicho algodón estaba destinado a la venta, pues en ese mismo hecho se alude a los precios del mercado, para notar que hoy tiene un precio superior".

Finaliza el impugnador su acusación así: "Respetuosamente me permito notar que el otro concepto contenido en esa norma, tocante con el lucro cesante, no puede tener aplicación en este caso, porque el demandante pidió expresamente que ese aspecto de la indemnización de perjuicios se evaluara por peritos, y ya se vio al estudiar el cargo segundo que esa súplica no puede prosperar".

Consideraciones de la Sala

1. Según el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Como se desprende de los artículos 1604, 1613, 1615 y 1616 del Código Civil, entre otros, tres son los hechos que configuran la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación: su inejecución o falta de pago, culpa del deudor y consiguiente daño o perjuicio causado al acreedor.

A éste corresponde probar la inejecución o falta de pago, salvo que consista en una negación indefinida (inciso final del citado artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), y el daño o perjuicio. La culpa del deudor se presume del hecho de no haber ejecutado o pagado su obligación (inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil).

2. El daño o perjuicio es la lesión patrimonial causada al acreedor por la inejecución absoluta, la ejecución imperfecta o el retardo en ejecutar el objeto a que está obligado el deudor.

Cualesquiera de estas tres formas de falta de pago puede afectar el patrimonio del acreedor de dos maneras distintas: a) Produciendo la pérdida total o parcial, definitiva o temporal, del objeto debido; y b) Ocasionando otros perjuicios, distintos de éste, que no se hubieran presentado si hubiera habido pago oportuno y completo de la obligación. El primero de estos daños es siempre consecuencia necesaria de la falta de pago, sea ella cual fuere; por tanto, queda demostrado con la sola prueba de la inejecución. Los segundos pueden causarse o no causarse; por ello han de ser siempre probados.

Así, por ejemplo, si el transportador no entrega al destinatario sana y salva la cosa transportada una vez terminada su conducción, sino después de transcurrido cierto tiempo de retardo, el destinatario sufre la pérdida consistente en ser privado de aquélla durante este tiempo; si la entrega deteriorada o mermada, dicho acreedor pierde el valor que implica la existencia del deterioro o merma; y si no la entrega en absoluto, deja de percibir su valor total. La sola prueba de la inejecución de que se trata demuestra este tipo de perjuicio. Pero además puede ocurrir v. gr. que, en espera de un puntual y completo cumplimiento del contrato de transporte, el destinatario haya comprometido la cosa con un tercero a quien tenga que resarcir por no entregársela debido a la inejecución absoluta, ejecución defectuosa o retardada del transportador. Esta clase de daño exige siempre prueba.

3. En la sentencia acusada se condena a la Cooperativa demandada a entregar a la Federación el valor del algodón al "precio actual"; (ordinal 1º de la parte resolutiva)

y al pago de los perjuicios "que haya podido causar con su incumplimiento" (ordinal 2º ibídem).

a) La primera de estas declaraciones está en pugna con la norma especial que en punto de transporte de cosas contiene el artículo 1031 del Código de Comercio vigente: "En caso de pérdida de la cosa transportada, la indemnización a cargo del transportador se sujetará a las siguientes reglas: 1. Cuando se trate de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante" (subrayó la Sala).

El Tribunal debió aplicar esta disposición legal, pues aun cuando el contrato de transporte del cual deriva la Federación sus pretensiones fue celebrado en noviembre de 1971 (fl. 7 del C. Nº 1), esto es, antes de entrar en vigencia el actual Código de Comercio, tanto el artículo 2036 de este estatuto, como el 38 de la Ley 153 de 1887 —al cual se remite, entre otros—, prescriben que las sanciones por incumplimiento de contrato celebrado bajo el imperio de legislación ya derogada (en este caso el Código de Comercio Terrestre), se rigen por la ley bajo la cual ese incumplimiento tenga lugar (nuevo Código de Comercio). La falta de entrega del algodón transportado ocurrió en marzo de 1972, o sea cuando ya estaba vigente el artículo 1031 del nuevo Código de Comercio (artículo 2038 del mismo).

No podía pues condenarse a la Cooperativa al pago del "precio actual" del algodón perdido, sino al PRECIO DE COSTO de ese algodón. Y el quebranto en que, por falta de aplicación del ordinal 1º del artículo 1031 citado, incurrió al respecto el Tribunal, provino del error manifiesto de hecho que alega el impugnador. Porque si bien es cierto que el sentenciador de segundo grado tuvo por probada la pérdida total del algodón a causa del incendio que lo consumió, no lo es menos que omitió tener en cuenta el hecho H) de la demanda, por "el cual se afirma que en la fecha de iniciación del proceso el valor de esa mercancía ha subido de precio en el mercado", lo que permite concluir sin lugar a duda que el algodón materia del transporte era para la venta, tomado en consideración el hecho notorio de que la Federación Nacional de Algodoneros se ocupa de vender el producto que sus afiliados le entregan precisamente para tal fin.

b) La segunda de las declaraciones de la sentencia acusada, o sea aquélla conforme a la cual la Cooperativa debe pagar los perjuicios "que haya podido causar con su incumplimiento", constituye condena en abstracto y de carácter tan general, que no se ajusta a lo prescrito por el ordinal 1º del citado artículo 1031 del Código de Comercio, cuyo texto conviene reproducir aquí: "1. Cuando se trata de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante" (subrayó la Sala).

En frente de esta disposición sustancial, y habida cuenta de que la parte actora no invocó en la demanda haber sufrido daño emergente ni lucro cesante que excedan del valor del algodón perdido y no entregado en las condiciones pactadas, ni probó en el proceso que se le causaran otros perjuicios distintos de éstos, el Tribunal incurrió en el doble yerro de facto que por el segundo cargo le imputa la parte recurrente y, como consecuencia, decretó una condena in genere con apoyo en textos legales que, como los artículos 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil, no eran aplicables al caso del proceso en frente de la disposición imperativa del artículo 1031 del de Comercio, la que por su ordinal 1º ordena limitar la condenación por perjuicios al precio de costo de la mercancía perdida más un 25% de ese precio por lucro cesante, si no se han probado mayores perjuicios. Esta indemnización, así prevista y prescrita por la ley, se asemeja a la que se estipula en las cláusulas penales: el transportador la debe con base en la prueba de que la cosa transportada se perdió y era para la venta, únicos hechos relativos a perjuicios que en el proceso fueron demostrados.

Los cargos segundo y tercero, por lo tanto, prosperan.

IV

El fallo de instancia

1. Dada la falta de prosperidad del primer cargo en el recurso extraordinario, la condena a indemnizar por incumplimiento del contrato de transporte habrá de mantenerse. Mas el contenido mismo de esta condena, a la cual se refieren los ordinales 1º y 2º de la sentencia acusada, será modificado sustancialmente, por los motivos que la Sala pasa a exponer.

2. Habiendo contraído el transportador la obligación específica de conducir y poner en manos del destinatario el algodón que la Federación le entregó para que lo transportara, no la genérica de entregar a ésta igual cantidad de algodón y de la misma calidad, no es el caso de condenar a la Cooperativa a cumplir su obligación de otro modo que en equivalente, o sea indemnizando al destinatario mediante el pago de una suma de dinero. Entre otras razones que apoyan lo anteriormente expuesto está la circunstancia decisiva de que el artículo 992 del Código de Comercio, y el 306 del Código de Comercio Terrestre que aquél derogó, prevén la exoneración de la responsabilidad del transportador por fuerza mayor o caso fortuito, lo que carecería de sentido si la obligación de entregar la mercancía transportada fuera genérica. El algodón, como género, no perece; pero el que entregó la Federación a la Cooperativa para que lo transportara a Barranquilla sí hubiera podido perecer por fuerza mayor o caso fortuito liberatorio. La cosa transportada es siempre un cuerpo cierto, no un bien de género.

De consiguiente, la condena a entregar algodón, contenida en el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia acusada, debe revocarse.

3. La obligación que por ese mismo ordinal se impone a la Cooperativa de pagar el valor del algodón "al precio actual", será sustituida por la de indemnizar a la Federación demandante en la cuantía que por el artículo 1031 del Código de Comercio se establece, es decir, condenando a la entidad demandada a pagar como indemnización solamente el precio de costo del algodón perdido, adicionado con un 25% de dicho precio. La circunstancia de que la parte demandante pidiera en su libelo que el monto de la indemnización se fijara por peritos, no impide a la Corte aplicar en su integridad el ordinal 1º del citado artículo, como lo pretende la parte recurrente al solicitar que dicho ordinal se aplique pero sólo en parte.

4. El ordinal 2º de la parte resolutiva del fallo acusado debe ser revocado, por las razones que se expusieron en el despacho de los cargos segundo y tercero. La indemnización, se repite, habría de limitarse en los términos prescritos por el artículo 1031 del Código de Comercio.

5. En punto de costas, habida cuenta de que el recurso de apelación prospera parcialmente, la Sala estima, con fundamento en el ordinal 5º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que la Cooperativa demandada debe pagar el setenta por ciento de las causadas en ambas instancias.

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, CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y en su lugar, revocando la proferida por el Juez a quo,

Resuelve:

Primero. Condénase a la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTES LTDA. —COPETRAN— a pagar a la FEDERACION NACIONAL DE ALGODONEROS, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, el precio de costo del algodón que se perdió por incendio ocurrido durante su transporte de Codazzi a Barranquilla el ocho (8) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972) puesto en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento (25%) de dicho precio por lucro cesante. Esta indemnización se

liquidará por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Tercero. Condénase a la parte demandada al pago del setenta por ciento (70%) de las costas de primera y segunda instancias.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

FILIACION NATURAL

Pruebas de oficio. Preterición y petición de herencia

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación que Absalón Jeramaz propuso contra la sentencia de 21 de julio de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario suscitado por el recurrente frente a los herederos de Tomás Jeramaz.

I

El litigio

1. En demanda que el Juez 9º civil del circuito de Cali admitió el 26 de febrero de 1972, Absalón Jeramaz demandó a Liana Drufovka viuda de Jeramaz y a Georgina y Tomás Luis Jeramaz, sucesores de Tomás Jeramaz, para que, rituado el proceso ordinario, se declarase que aquél es hijo natural de éste, fallecido en Cali el 15 de abril de 1971, y se le reconociese el derecho de heredarlo en concurrencia con los hijos legítimos del difunto; para que con el fin antes expresado, se decretase la reforma del testamento contenido en la Escritura 2050, pasada ante el Notario 2º del Círculo de Cali el 12 de abril de 1971, y para que se les condenase a pagarle los frutos naturales y civiles de los bienes sucesorales que actualmente están en poder de los demandados.

2. La causa para pedir emana de los siguientes episodios, que se compendian:

Desde principios de 1915 y por más de 6 años continuos, Pastora Vivas, a la sazón soltera, sostuvo relaciones sexuales notorias con Tomás Jeramaz en la ciudad de La Unión, fruto de las cuales fue el demandante, quien nació allí el 24 de septiembre de 1916. Desde su nacimiento y sin oposición de su presunto progenitor, aquél llevó el apellido de Jeramaz. Por más de 10 años continuos su padre lo trató como hijo natural, pues atendió, desde el mismo instante en que nació, a su crianza, y luego a los gastos de alimentación, vestido y educación, pues "le prestaba todas las consideraciones de padre a hijo".

3. Con oposición de los demandados se adelantó la primera instancia que culminó con fallo en que se acogen las pretensiones del demandante. Mas como la parte demandada interpusiera el recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al desatarlo, revocó esa providencia y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda.

II

Bases de la sentencia atacada

El ad quem encuentra que la pretensión de filiación natural aquí deducida tiene un doble fundamento de hecho; las relaciones sexuales que, en la época de la concepción del demandante, sostuvieron la madre de éste y Tomás Jeramaz, y, de otra parte, la posesión notoria del estado de hijo natural de Absalón.

Luego de breves glosas sobre los textos legales que consagran esas dos presunciones de paternidad natural, el Tribunal acomete el estudio de la prueba aportada al proceso con el fin de precisar si el demandante cumplió con la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de la declaración que reclama. En primer término en-

cuentra que a las declaraciones de Parménides Fajardo, Griselda Erazo y Jeremías Dueñas, que, por haber muerto inter mora litis, no pudieron ser ratificadas, no se les podrá conceder fuerza persuasiva, a pesar de que para abonarlas, como lo exige el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, se tomaron las declaraciones de Juan Meneses, Lastenia Montilla, Julio Burbano, Pedro Castillo, Ulises Rosero y Luis Castillo, en virtud de que estos testigos, o no dan la razón de la ciencia de su dicho, o no saben de la veracidad y buena fama de los declarantes premuertos, o su testimonio es simplemente de oídas como que relatan hechos que les fueron referidos por otras personas, pero de los que no tienen conocimiento por directa y personal percepción. Por no ser responsivos, por no dar la razón del dicho, el Tribunal concluye que con tales testimonios de abono, "no ha quedado acreditada la veracidad y buena fama de los señores Parménides Fajardo, Griselda Erazo y Jeremías Dueñas, cuyos testimonios se pretendían abonar en la forma ya indicada". Si tales medios de convicción —dice el Tribunal— siguen careciendo de ratificación y no surtió efectos la diligencia para su abono, "no pueden ser apreciados".

Pasa enseguida el ad quem al examen de las declaraciones de Absalón Solarte, Ricaurte Castillo, Sara Coronel, Alberto Montezuma, María Antonia Gómez, Laurentina Guerrero, Agustín Guerrero, Alejandro Mesa e Ismael Lasso y expresa que los cuatro primeros nada saben relativamente a los hechos de la demanda; que María Antonia Gómez no recuerda la época en que conoció a Tomás Jeramaz y a Pastora Vivas, que ignora todo trato amatorio entre ellos y no tiene conocimiento de que Tomás Jeramaz hubiera atendido al sostenimiento del demandante. Que Laurentina Guerrero no merece crédito, puesto que si nació en el año de 1910, según lo indica su cédula de ciudadanía, para cuando el demandante fue concebido sólo tendría cinco años de edad, por lo cual no habría podido "darse cuenta de las relaciones sexuales respecto de las cuales declara", y que, de otro lado, si se acepta, como ella misma lo expresa, que entró a trabajar con Jeramaz después de casada y que contrajo matrimonio de trece años, entonces sólo pudo darse cuenta de sucesos acaecidos con posterioridad a 1923, pues ella había nacido en 1910, según se expresa en su cédula de ciudadanía; añade el Tribunal que "ese mismo testimonio no es responsivo ni completo respecto de hechos que vengan a acreditar posesión notoria del estado de hijo natural por parte del actor y que, por el contrario, la declarante manifiesta que no le consta nada respecto a la educación que se hubiere dado al hijo de Pastora Vivas". Luego dice el fallador que la declaración de Agustín Guerrero "carece igualmente de mérito probatorio pues no da las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto a las relaciones sexuales de las cuales habla", que, además, el testigo dice no conocer la época de su ocurrencia y que no es responsivo en relación con lo que declara sobre hechos constitutivos de posesión notoria del estado civil. Relativamente a lo atestiguado por Alejandro Mesa, el Tribunal expresa que no hay responsividad en sus afirmaciones, pues no dice "ninguna circunstancia, ni relata hechos indicadores del trato personal y social entre la madre y el presunto padre" que permitan inferir las relaciones sexuales, y que "igual carencia de responsividad se anota a la parte de la declaración en la que el testigo se refiere a la posesión notoria del estado de hijo natural". Finalmente, el fallador expresa que lo dicho por el testigo Ismael Lasso no alcanza a constituir posesión notoria, pues sólo se refiere a que, en tres ocasiones, presenció cuando Absalón trataba de 'papá' a Tomás Jeramaz frente a los empleados de la papelería que éste tenía en Cali, a donde aquél fue a pedirle dinero; que por añadidura, el testigo no da la razón de la ciencia de su dicho, lo cual "hace que su declaración carezca de eficacia probatoria".

De lo analizado concluye el Tribunal que será necesario revocar el fallo apelado, ya que no puede acogerse la pretensión de filiación natural puesto que no hay prueba de los hechos constitutivos de alguna de las presunciones de paternidad invocadas en la demanda, y que también fracasa la pretensión consecuencial de petición de herencia.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Fundándose en la causal primera, dos cargos enfila el censor contra la sentencia cuyo extracto se hizo antes. El primero se refiere a la acción de estado civil deducida en la demanda y el segundo a las acciones patrimoniales.

Primer cargo

En éste el recurrente acusa el fallo de violar, por falta de aplicación y a causa de error de derecho, los numerales 4º, 5º y 6º del artículo 6º y el 30 de la Ley 75 de 1968 y los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936, y puntualiza que esta violación indirecta de la ley sustancial se origina en un error de jure, nacido del "quebranto de las reglas procesales indicadas en los artículos 187, 229, 299, 183 y 4º del Código de Procedimiento Civil".

Después de enjuiciar duramente al Tribunal porque en la sentencia recurrida reprodujo el texto de la que la Corte había casado ya, el censor manifiesta que los testimonios recibidos para abonar las afirmaciones de los declarantes que murieron mientras se ventilaba el proceso, sí dan la razón de la ciencia de su dicho, que el Tribunal dejó de ver lo que cada deponente manifiesta en este punto y que olvidó hacer el análisis en conjunto, con lo cual hubiera dado por abonados estos testimonios; que "el error de derecho" cometido por el Tribunal consistió "en aceptar sólo lo negativo, las contestaciones a las repreguntas de la contraparte, desechando o tergiversando cuanto pudiere favorecer al demandante, sin malicia desde luego por parte del Tribunal (o del sustanciador), pero sí con un criterio totalmente contrario a la sana crítica del testimonio humano".

Procede enseguida el censor a cotejar lo declarado por María Antonia Gómez, Laurentina Guerrero, Agustín Guerrero, Alejandro Mesa López e Ismael Lasso frente a lo que el sentenciador halló en tales testimonios, para concluir que el Tribunal pasó por alto muchos puntos importantes de esas pruebas que constituyen no sólo la razón de la ciencia de los testigos, sino que se refieren directamente a los hechos constitutivos de las dos presunciones de filiación, fundamentos de hecho de la demanda; que el Tribunal no vio que del conjunto de lo declarado por los testigos surge la prueba de la filiación, porque se limitó a desechar separadamente cada testimonio, dejando de lado noticias de trascendencia innegable para el debate.

Finalmente expresa el censor que "con semejante criterio en el que campea la voluntad de no apartarse una línea (ni un punto ni una coma dije antes) de su anterior fallo, el que fue anulado por la Corte; sea con el ánimo de sostenerse en lo dicho con tenacidad indebida que no permite un raciocinio aceptable, sea con el fin de eludir todo trabajo, pues la copia fiel es labor del escribiente, el Tribunal de Cali en su sentencia del 21 de julio de 1976 llega a la conclusión de que debe revocarse la de primera instancia con lo cual violó las normas de derecho sustancial que indiqué expresamente en la enunciación del cargo, así: No se declara judicialmente la paternidad natural que por ley se presume, según el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, cuando según el numeral 4º de tal disposición "hayan existido relaciones en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, cuando si se aprecia la testimonial que obra en el expediente según la sana crítica, esas relaciones están a la vista y se deducen de los testimonios a que me he referido en el capítulo anterior si se tienen en cuenta las circunstancias y antecedentes del trato personal y social entre la madre y el presunto padre. Y se violaron los numerales 5º y 6º del artículo 6º de la ley mencionada, porque no se atendió la prueba presentada que comprueba el trato social durante el embarazo y la posesión notoria de hijo que en el pueblo de La Unión tenía el actor en relación con Tomás Jeramaz. Así mismo se violó el artículo 30 del estatuto indicado cuando desconoce los derechos del hijo natural y los artículos 1º y 6º de la Ley 45 de 1936 aún vigente, porque la sentencia desconoce la calidad de hijo natural al actor, a pesar de haberse comprobado las relaciones que dan lugar a la presunción de que antes se habló, y el 6º de esta última ley porque desconoce la posesión demostrada

como notoria en el vecindario sobre la calidad de hijo que tenía Absalón Jeramaz en relación con su padre.

"Esta violación de la ley de derecho sustancial, se ha producido en la sentencia impugnada en forma indirecta, por razón de la apreciación errónea, con error de derecho, que hizo el sentenciador tanto en la testimonial de abono que señaló individualizando una a una las declaraciones en el Cap. I de la CRITICA A LA SENTENCIA ACUSADA, como de los testimonios también señalados individualmente en el Cap. II al estudiar el fondo del litigio".

Para resolver se considera

1. Asiste razón al recurrente cuando se duele de que el Tribunal examinó con máximo rigor la prueba testimonial y cuando le increpa por cuanto no hizo uso de los poderes que la ley de enjuiciamiento otorga hoy a los jueces con miras al logro de la justicia.

En efecto, si el sentenciador hubiera empleado la potestad que le otorgan los artículos 179 y 180 para decretar pruebas de oficio, antes del fallo podía haber llamado a los testigos cuya declaración encontró falta de responsividad, para inquirir de ellos la ciencia de su dicho, actitud con la que seguramente habría quedado disipada la duda sobre si los declarantes no expresaron la razón de conocer los hechos sobre que atestiguaron, porque no los presenciaron o, simplemente, porque con manifiesta violación de lo imperado en el artículo 228-2 del Código de Procedimiento Civil, el funcionario que practicó la prueba no les exigió que expusieran la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hubiera ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Laurentina Guerrero, Agustín Guerrero Gómez y Alejandro Mesa López, en especial, declaran sobre hechos de tal importancia y trascendencia que, disipada la duda sobre responsividad, habrían sido firme soporte de una declaración de paternidad.

En casos como el presente en que los testigos deponen con propiedad sobre los hechos fundamentales de la demanda, pero omitiendo precisar la época de su ocurrencia, el lugar en que acaecieron o el modo de su suceder, brota con vigor la necesidad de que los jueces, antes de fallar, ordenen la comparecencia del testigo para exigirle que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con lo cual se establecerá si en verdad presenció los hechos materia de su deposición o si, por el contrario, no fue presencial de los mismos. De esta manera quedaría borrada definitivamente la perplejidad que, en caso contrario, seguiría gravitando en torno a si el testigo conocía personalmente los hechos investigados o si era simplemente un testigo de oídas.

2. Los errores que achaca el censor al Tribunal, consistentes en que, de la prueba testimonial, acogió sólo lo favorable a los demandados y pasó por alto lo que beneficiaba al propósito perseguido por su patrocinado; en que dejó de ver hechos muy importantes afirmados por los testigos; en que no observó que algunos de estos sí dan la ciencia de sus dichos, y, finalmente, en que el Tribunal no observó que analizando en conjunto las declaraciones y engavillando lo que cada una tiene de positivo, el haz de esos testimonios probaba los hechos que constituyen las presunciones de paternidad natural invocadas por el demandante, son típicos errores de hecho y no derecho.

En verdad, circunstancias como las precisadas por el impugnante, dicen relación directa a la objetividad de la prueba misma y no al valor probatorio que el aludido medio tenga. Los hechos denunciados comportan indebida apreciación de la prueba y no indebida valoración de la misma, pues dejar de ver hechos relatados en el testimonio o pasar por alto los favorables al demandante o no ver las afirmaciones del deponente que constituyen expresión o explicación de por qué llegaron a su conocimiento los episodios que relata, son circunstancia que hacen reo al fallador de un típico error de hecho por haber cercenado el real contenido de los testimonios.

Insistentemente y de manera invariable ha dicho la Corte que "cuando el Tribunal deja de ver que un testigo es sospechoso o cuando no aprecia que carece de las condiciones de exactitud, responsividad o plenitud, comete error de hecho porque deja de observar cosas que atañen a la objetividad de la prueba. En cambio, cuando a pe-

sar de haber visto que los testimonios son exactos, responsivos y completos, que no se encuentra en ellos causal de inhabilidad o motivo de sospecha, sin razón les niega valor de convicción, entonces incurre en error de derecho pues desatina relativamente al poder de persuasión que esa prueba tiene". (Sentencia de 20 de junio de 1975, proferida en el ordinario de María José Sarria frente a los herederos de Mario Garcés, aún no publicada).

3. Ahora bien, si el Tribunal no cometió el específico error que se le endilga: el error de derecho, síguese que este yerro no puede ser la fuente de la violación de las normas de derecho sustancial que la censura indica.

Y como la Corte no puede modificar, en virtud de las limitaciones que le impone la naturaleza del recurso de casación, los planteamientos que el recurrente hace en su demanda, es claro que el cargo primero no podrá prosperar.

Segundo cargo

En éste se enrostra al Tribunal la comisión de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, con quebranto de los artículos 4º, 183, 187, 229 y 299 del Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de lo cual se violaron, por falta de aplicación, los artículos 1240, 1274 y 1321 a 1324 del Código Civil.

Dice el censor, en síntesis, que como no se hizo la declaración de que Absalón Jeramaz es hijo natural del difunto Tomás, dejó de reconocerse a aquél su calidad de legitimario y consecuencialmente el derecho que como tal tenía a que por haber sido preterido en el testamento del padre premuerto, se le considere como instituido en su legítima, hoy ocupada por los demandados y, finalmente, se le privó del derecho a que éstos le restituyan la cuota herencial que tendría, de habérsele reconocido como hijo natural de Tomás Jeramaz.

La Corte considera

1. Es patente que el hijo natural tiene, en el derecho colombiano, la calidad de legitimario de su progenitor. Así se consagra en el artículo 1240 del Código Civil. Y de la misma manera es cierto que si el padre natural, al otorgar testamento, pasa en silencio a ese legitimario suyo, tal preterición debe considerarse como que el dicho heredero fue instituido en su legítima, según expresamente lo estatuye el 1276 de la misma obra, y que, por tanto, aunque en el testamento no se le haya asignado porción alguna de los bienes del testador, debe pagársele una cuota equivalente a su legítima.

Si el legitimario preterido, entonces, ningún menoscabo sufre en su legítima a causa de haber sido pasado por alto en el testamento, fluye lógicamente que para obtener el pago de su asignación forzosa, no requiere triunfar previamente en proceso de reforma del testamento. No es menester, pues, en el evento contemplado, que el legitimario preterido adelante la acción de reforma, instituida, precisamente para tutelar al legitimario a quien el testador no le ha dejado lo que por ley le corresponde (Art. 1274).

Si la preterición del legitimario debe entenderse como institución de heredero en su legítima, al pasarlo en silencio el testador no comporta detrimento de esa asignación forzosa, sino reconocimiento cabal y exacto de la misma. De consiguiente, si al legitimario en la hipótesis de la preterición, se le deja precisamente su legítima, concluyese que la acción de reforma, en tal evento, carecería de sentido, pues su finalidad es sólo la de proteger al asignatario forzoso a quien no se ha dejado lo que por ley le corresponde.

2. Ahora bien, si la cuota herencial que correspondería al heredero preterido está ocupada por otros que invocan también el título de herederos, la ley concede a aquél la acción llamada petición de herencia para que se le adjudique su cuota herencial y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales.

Pero es claro, como surge del propio enunciado del artículo 1321 del Código Civil, que quien pretenda ejercer la acción dicha debe tener la calidad de heredero, ora excluyente ora concurrente, y que debe ejercerla frente a quienes están ocupando como herederos la cuota herencial que le pertenece. Si el demandante no demuestra tener derecho a la herencia que se contro-

vierte, es decir, si no acredita que es asignatario a título universal, entonces su actividad procesal está llamada al fracaso, pues la de petición de herencia es acción que se ejercita por quien es heredero frente a quien se pretende también heredero.

3. Viene de todo lo anterior que si el cargo primero, encaminado directamente a lograr la prosperidad de la acción de estado civil aquí deducida, no corrió con fortuna, pues con él no se logró obtener que el demandante fuera declarado hijo natural del causante Tomás Jeramaz y, consecuencialmente, su heredero legitimario, el cargo segundo también irá derecho al fracaso, pues si Absalón no ha comprobado ser hijo natural del causante, no ha acreditado ser su heredero, como quiera que, además, en el testamento no fue instituido como su asignatario.

Entonces, si el demandante Absalón Jeramaz no tiene título de heredero de Tomás, no puede adelantar victoriosamente acción de petición de herencia frente a quienes la ocupan por vocación testamentaria, ni puede del mismo modo obtener reforma del testamento de quien no es legitimario.

El cargo segundo, entonces, tampoco puede prosperar.

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 21 de julio de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este proceso ordinario suscitado por Absalón Jeramaz frente a los herederos de Tomás Jeramaz.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

TESTAMENTO CERRADO

Solemnidades ad-substantiam y ad-probationem

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero)

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el proceso ordinario de José Antonio, Manuel, Timoteo y Agripina Sierra Cetina contra Heliodoro Santoyo Merchán y Alfredo Luque Saavedra.

Antecedentes

I. Mediante demanda calendada el 10 de agosto de 1968, corregida el 25 de septiembre del mismo año, los referidos demandantes solicitaron que con citación de los demandados se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el testamento solemne cerrado otorgado por Cornelio Cetina Cuervo, mediante Escritura pública Nº 414 de 25 de octubre de 1955, de la Notaría Segunda del Círculo de Moniquirá;

b) Que por consiguiente, los bienes dejados por el testador, junto con sus frutos civiles y naturales, pertenecen a los herederos "ab-intestato" de Cornelio Cetina Cuervo llamados por ley a sucederle;

c) Que el proceso sucesorio de Cetina Cuervo, que se tramita como testado, "debe continuar tramitándose como intestado y el patrimonio herencial respectivo debe liquidarse, distribuirse y adjudicarse" haciendo abstracción del testamento;

d) Que los demandados están obligados a restituir a los herederos **ab-intestato**, 6 días después de ejecutoriado el fallo, "los bienes que hayan recibido como asignatarios testamentarios, junto con los frutos naturales y civiles, desde que los percibieron hasta cuando se verifique su restitución";

e) Que se disponga "la cancelación de la memoria testamentaria, de la constancia dejada bajo el epígrafe testamento en su cubierta y de la Escritura Nº 414, de 25 de octubre de 1955, de la Notaría Segunda de Moniquirá, y de las diligencias de apertura y publicación, todo lo cual fue protocolizado en la misma Notaría por Escritura Nº 239, de 4 de julio de 1968, cancelación que comprende las inscripciones en el registro";

f) Que se registre la sentencia y se condene en costas a los demandados.

II. La pretensión se funda en los presupuestos de hecho siguientes:

a) Que Cornelio Cetina Cuervo, según consta en Escritura pública Nº 414 de 25 de octubre de 1955, pasada ante el Notario Segundo de Moniquirá Miguel A. Pinilla y los testigos Antonio Tello, Rafael Martínez, Pedro Angarita, Adán Franco y Josué Pinzón, otorgó testamento cerrado y presentó, según reza dicha escritura, " 'un pliego sellado y rotulado 'testamento', declarando en voz alta y viva ante los testigos nombrados, de manera de ser oído y entendido, que el referido testamento contiene su última y deliberada voluntad para que tenga efectos después de su muerte. Dicho testamento, puesto dentro de un sobre o cubierta de papel sellado, cerrado debidamente, trae por el reverso sobre su cerradura de seguridad ocho sellos de lacre rojo, todo en perfecto buen estado' ";

b) Que en el sobre contentivo del testamento cerrado, el Notario y los testigos, bajo el epígrafe "testamento", dejaron la siguiente constancia: " 'En la ciudad de Moniquirá, cabecera del Circuito del mismo nombre, provincia de Ricaurte, Departamento de Boyacá, República de Colombia, a veintiséis de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco ante mí, Miguel A. Pinilla F., Notario Segundo Principal de este circuito y de los testigos instrumentales señores Antonio Tello, Rafael Martínez, Pedro Angarita, Adán Franco y Josué Pinzón, quienes reúnen las exigencias del artículo 2586 del Código Civil, compareció el señor Cornelio Cetina Cuervo, mayor de 50 años, vecino del Municipio de San José de Pare portador de la cédula 258.959, expedida en el lugar de su vecindad, quien hallándose en su cabal juicio me presentó esta cubierta cerrada y sellada con ochos sellos de lacre rojo y manifestó delante de los testigos expresados que dentro de tal cubierta se encuentra su testamento. En fe de lo cual se firma esta diligencia por el testador y los testigos expresados por ante mí de lo cual doy fe;

c) Que la constancia a que alude el hecho precedente tiene una fecha distinta de la del otorgamiento de la Escritura pública Nº 414, porque "mientras ésta aparece otorgada el día veinticinco (25) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), aquélla aparece dejada un día después, el veintiséis (26) de octubre del mismo año";

d) Que en la diligencia de apertura del testamento, el juzgado dejó la constancia que sigue: " 'Se deja constancia que este sobre que contenía el testamento de Cornelio Cetina Cuervo, el cual se hallaba debidamente cerrado al momento de la apertura por el Juzgado Civil Municipal de Moniquirá...' ";

e) Que el acto de otorgamiento del testamento cerrado de Cetina Cuervo "no reunió las solemnidades legales dispuestas por el Art. 1080 del Código Civil Colombiano. En efecto, la cubierta externa de dicho testamento hecha con una hoja de papel sellado que lleva el Nº A. 8037572 y sobre la cual aparece dejada la constancia a que alude el hecho tercero, por el Notario Segundo de Moniquirá y los testigos, no fue la cubierta donde el Juzgado Civil Municipal de Moniquirá en la diligencia de apertura extrajo el documento contentivo del testamento de don Cornelio Cetina, sino que éste se halló en un sobre distinto interior tamaño oficio. Dicha cubierta exterior hecha papel sellado que era la que debía encerrar el documento o memoria testamentaria no reúne las exigencias del ordinal segundo del Art. 1080 citado, por cuanto apareció otro sobre interior conteniendo el testamento, diferente de dicha cubierta externa hecha de papel sellado y ésta que es la que debía llenar las condiciones de seguridad a que alude la disposición citada, no las reúne ya que como aparece en la diligencia de apertura no hubo necesidad de romper la cubierta hecha de la citada hoja de papel sellado, que se halla intacta, para extraer el testamento y éste apareció en otro sobre que es diferente de la citada cubierta hecha de papel sellado donde aparece la atestación notarial bajo el epígrafe testamento del Notario Segundo del Circuito de Moniquirá y los testigos que lleva fecha de 26 de octubre de 1955";

f) Que "el testamento no tiene lugar de otorgamiento, ni la constancia dejada bajo el epígrafe con fecha 25 de octubre de 1955 con el Notario y testigos expresa el lugar, día, mes y año del otorgamiento del testamento por don Cornelio Cetina Cuervo. Además el testigo instrumental señor Antonio J. Tello figura con cédulas de número diferente; así en la escritura aparece con cédula Nº 3.690.638 y en la constancia dejada por el Notario a que alude este hecho figura con cédula Nº 3.690.698. Además el testigo instrumental señor Adán Franco aparece en la Escritura 414 firmando con una rúbrica y en la constancia citada aparece sin rúbrica su firma. Lo anterior origina una duda en cuanto a la identidad de los mentados testigos";

g) Que los testigos instrumentales todos tenían su domicilio en el Municipio de Moniquirá y no en el de San José de Pare;

h) Que en el testamento fueron instituidos "beneficiarios Heliodoro Santoyo Merchán y el doctor Alfredo Luque Saavedra, el primero en tres cuartas partes y el segundo en una cuarta de los bienes";

i) Que con motivo de haber fallecido Cornelio Cetina Cuervo en el Municipio de San José de Pare el 5 de junio de 1968, los de-

mandados promovieron el proceso sucesorio, fueron reconocidos herederos testamentarios y están en posesión de los bienes relictos;

j) Que los actores "son herederos ab-intestato de Cornelio Cetina Cuervo por derecho de representación de su premuerta madre legítima Facunda Cetina, hermana carnal del causante y testador".

III. Con oposición de los demandados se adelantó la litis y la primera instancia culminó con la sentencia de 20 de septiembre de 1974, la cual resultó ser desfavorable a los actores, pues se rechazó la pretensión y se les condenó en costas. Apelada por éstos, el Tribunal la confirmó con sentencia de 25 de febrero 1975, contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación que la Corte procede a resolver.

La sentencia impugnada

Referidos por el Tribunal los antecedentes del litigio, entra enseguida al análisis de la pretensión y en el punto dice que el testamento cerrado, para garantizar su reserva y respeto a la voluntad del testador, se encuentra revestido de formalidades sustanciales y procedimentales, a las cuales se refieren los Arts. 1078 a 1083 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890 y la Ley 36 de 1931.

A continuación el sentenciador sintetiza los reparos que le formulan los actores al testamento otorgado por Cornelio Cetina Cuervo y para rechazarlos expresa, en síntesis, lo siguiente:

a) Que en el proceso aparece que Cornelio Cetina presentó su testamento solemne cerrado ante el Notario Segundo de Moniquirá el 26 de octubre de 1955 y la escritura a que se refiere la Ley 36 de 1931 lleva fecha 25 del mismo mes y año;

b) Que en relación "con esta circunstancia, hay que distinguir entre el otorgamiento del testamento en sí y la escritura que se suscriba como formalidad probatoria";

c) Que si la doctrina de la Corte sostiene que la Escritura pública a que alude la Ley 35 no es una solemnidad o formalidad esencial que haga parte del testamento cerrado y por tanto la omisión de la misma no acarrea nulidad de la memoria testamentaria, menos genera nulidad "el error mecanográfico o caligráfico en cuanto a la fecha" cometido por un amanuense en la elaboración del mencionado documento;

d) Que en el otorgamiento del testamento cerrado, según la ley debe haber continuidad, para conservar la unidad del acto en cuanto a tiempo y persona. Con todo, no hubo interrupción en el otorgado por Cetina Cuervo, porque "una cosa es la constitución del testamento cerrado y otra la escritura, prueba del acto de testar";

e) Que las nulidades en los testamentos son limitativas o taxativas;

f) Que como el demandante sostiene que el testamento se encontraba primeramente localizado en un sobre "tipo oficio y luego en un pliego de papel sellado, con el cual se habría hecho otro sobre en el que se inscribió la diligencia de ley", las constancias dejadas por el Notario y el Juez ponen de presente que el sobre exterior "se encontró debidamente sellado y lacrado";

g) Que lo importante en materia de otorgamiento de testamento cerrado es que en la cubierta o sobre que lo contiene reúna los requisitos legales, porque poco interesa "que a su vez dentro de la cubierta se encuentra una hoja de papel blanco que lo envuelva";

h) Que "la circunstancia de que al abrir el testamento no hubiera habido necesidad de romper el sobre de papel sellado que lo contenía, no quiere decir que no estaba presentado como estaba en el momento de abrirlo, pues en la diligencia de apertura consta que sí estaba como había sido presentado al Notario y los testigos, y si no se rompió, seguramente porque lo abrieron cuidadosamente";

i) Que se señala como otra informalidad del testamento el hecho de que éste no incida el lugar de su otorgamiento; pero una cosa es la memoria testamentaria y otras las solemnidades siguientes a las cuales se refiere el Art. 1080 del Código Civil y que fueron cumplidas. Por demás, la constancia puesta sobre la cubierta contentiva del acto de última voluntad del causante, textualmente dice: " 'TESTAMENTO. En la ciudad de Moniquirá, cabecera del Circuito Notarial de este nombre, provincia de Ricaurte, Departamento de Boyacá, República de Colombia, a veintiséis de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, ante

mí Miguel A. Pinilla F. Notario Segundo Principal de este Circuito y ante los testigos instrumentales señores Antonio Tello, Rafael Martínez, Pedro Angarita, Adán Franco y Josué Pinzón, quienes reúnen las exigencias del artículo 2586 del Código Civil, compareció el señor CORNELIO CETINA CUERVO, mayor de cincuenta años, vecino del Municipio de San José de Pare, portador de la cédula número 258.959 expedida en su vecindad, quien hallándose en su cabal juicio me presentó esta cubierta cerrada y sellada con ocho sellos de lacre rojo, y manifestó delante de los testigos expresados que dentro de tal cubierta se encontraba su testamento. En fe de lo cual se firma esta diligencia por el testador y los testigos expresados por ante mí de lo cual doy fe (fdos.) CORNELIO CETINA CUERVO. ANTONIO J. TELLO, RAFAEL MARTINEZ, C. C. Nº 1.090.686, PEDRO ANGARITA C. C. Nº 109.443. ADAN FRANCO C. C. Nº 206.730. JOSUE PINZON C. C. Nº 237.078. El Notario Segundo, Miguel A. Pinilla F. Hay sello";

j) Que el yerro mecanográfico cometido en el número de la cédula del testigo Antonio J. Tello es intrascendente, porque está fuera de toda duda la identidad de dicha persona, como la atinente a la firma del testigo Adán Franco.

Con fundamento en las anteriores reflexiones, concluye el Tribunal que la pretensión de nulidad y las peticiones consecuenciales no prosperan y por ello debe confirmarse la resolución del a quo.

La impugnación

Tres cargos le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, todos dentro del ámbito de la causal primera, los cuales serán despachados conjuntamente por la conexidad que presentan.

Cargo primero

Mediante él acusa la sentencia del Tribunal de violar, por aplicación indebida, los Arts. 252, 258, 264, 265, 266 del Código de Procedimiento Civil, 1078, 1080, 1740, 1741, 1760 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890, 1º de la 36 de 1931 y 2º de la Ley 50 de 1936, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Afirma el recurrente en el desarrollo del cargo, en síntesis, lo siguiente:

a) Que según prueba pericial, las salvedades que se hicieron en la Notaría Segunda del Círculo de Moniquirá a la Escritura pública 414 de 25 de octubre, se elaboraron en un tipo de máquina diferente, lo cual constituye una falsedad material;

b) Que el Tribunal "erró de hecho al no interpretar la demanda en su conjunto, ya que tanto en el libelo original como en el integrado aduje como hecho básico de la acción de nulidad la falsedad de los documentos referentes al otorgamiento del testamento de Cornelio Cetina", aspecto al cual no se refirió el sentenciador;

c) Que "los Arts. 2383 y 2384 (sic.) del Código Civil dicen cómo se salvan las entrerrenglonaduras";

d) Que a pesar de que el Tribunal considera que en la Escritura pública Nº 414 sólo hubo un error caligráfico o mecanográfico, dicho documento tiene una grave falla en cuanto a su autenticidad que le resta toda eficacia probatoria;

e) Que según doctrinas de la Sala de Casación Penal de la Corte, las cuales cita, el delito de falsedad existe sin requerirse para su configuración el perjuicio;

f) Que el Tribunal violó los preceptos enunciados al concederle "validez y autenticidad a la Escritura pública 414, careciendo de ella como de las formalidades legales en su otorgamiento".

Cargo segundo

Censura la sentencia del Tribunal de quebrantar, en la modalidad de aplicación indebida, los Arts. 1080, 1082, 1740, 1741 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, a consecuencia de errores de derecho en la estimación de las pruebas.

Comienza por afirmar que el Tribunal le concedió valor probatorio a la testimonial aducida "a favor del testamento, no obstante que los testimonios de los instrumentales señores Antonio Tello, Rafael Martínez y Josué Pinzón, recibidos en las diligencias sobre apertura de testamento se admitieron por el fallador contrariando las normas probatorias", puesto que en la versión se limitaron a reproducir sus respuestas, sin dar razón del dicho.

El censor finaliza el cargo afirmando que el testimonio de Antonio Tello padece además del mal de ser contradictorio.

Cargo tercero

En él acusa la sentencia del Tribunal de infringir los Arts. 1080, 1740, 1741 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo dice que el Tribunal dejó de apreciar los testimonios de Guillermo Pinzón y doctor Hernando Montenegro, con los cuales se establece que el testador acudió a la Notaría en dos días distintos, lo que implica que hubo interrupción en el otorgamiento del testamento, "o sea, que se dejó de un día para otro", quebrantándose así la unidad de la memoria testamentaria.

Insiste luego el recurrente en que del examen de los testimonios antes referidos se desprende que el testador Cetina Cuervo "concurrió en distinto día a la Notaría 2ª y no en una sola ocasión".

Más adelante y después de citar doctrinas, el casacionista remata el cargo afirmando de nuevo que la unidad y continuidad del acto del otorgamiento del testamento cerrado es una solemnidad ineludible que consagra el Art. 1080 del Código Civil.

Se considera

1. A título de introducción se observa que los cargos no se ajustan a la preceptiva técnica del recurso extraordinario, por cuanto el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar preceptos sustanciales, por aplicación indebida, cuando algunos de los señalados no fueron aplicados, como ocurre respecto de los Arts. 1740, 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936; y de montar el cargo segundo por error de derecho en la estimación de un testimonio que a criterio del censor emite una versión contradictoria, cuando debió formularlo por yerro de facto. Con todo, la Corte procede al estudio de la acusación.

2. Dentro del régimen de la soberanía de la voluntad, la persona puede testar, o sea, mediante un acto jurídico unilateral, revestido de ciertas solemnidades disponer del todo o de una parte de sus bienes, cuyas disposiciones tendrán pleno efecto después de sus días, conservando el testador la facultad de revocarlas mientras viva (Art. 1055 del Código Civil).

3. Partiendo del principio de que todos los actos testamentarios son solemnes, unos más que otros, dentro de la especie de los primeros se encuentra el cerrado o secreto, al cual acuden todas aquellas personas cuando pretenden mantener en la más estricta reserva sus disposiciones o declaraciones hasta la muerte.

4. **De conformidad con el ordenamiento, el testamento solemne cerrado se otorgará ante Notario y cinco testigos (Art. 1078 del Código Civil), por persona que sepa leer y escribir (Art. 1079 del Código Civil), con sujeción a las siguientes solemnidades especiales: a) firma del testamento y su colocación en un sobre cerrado, de manera que no pueda extraerse sin romper la cubierta que lo contiene (Art. 1080 inciso 2º del Código Civil); b) presentación por el testador al Notario y testigos de la escritura cerrada, declarando aquél de viva voz y de manera que lo vean, oigan y entiendan, salvo el caso del Art. 1081, que en aquella escritura se contiene su testamento (Art. 1080 inciso 1º del Código Civil); c) el Notario expresará sobre la cubierta, bajo el epígrafe testamento las circunstancias de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar. día, mes y año del otorgamiento (Art. 1080 inciso 4º del Código Civil); d) sobre la cubierta firmará el testador, los testigos y el notario. Si el testador no pudiera firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supieren o no pudieren firmar, lo harán otros por los que no supieron o no pudieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre 7 firmas: la del testador, las de los 5 testigos y la del notario (Art. 1080 incisos 5º y 6º del Código Civil); e) asistencia ininterrumpida del testador, un mismo notario y unos mismos**

testigos, salvo los breves intervalos que algún accidente exigiere (Art. 1080 inciso 7º del Código Civil).

5. A las formalidades enunciadas, se agregó en el año de 1931 la atinente a que una vez que el testador presenta al notario y testigos el sobre cerrado contentivo de su testamento, se extenderá una Escritura pública en que conste el lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del Notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y de cada uno de los testigos; la edad del otorgante, la circunstancia de hallarse éste en su entero y cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece; se consignará en el mismo instrumento una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medios de seguridad contenga la cubierta; finalmente la escritura deberá ser firmada por el testador, los 5 testigos y el notario (Arts. 1º, 2º y 3º de la Ley 36 de 1931).

6. Las solemnidades o exigencias referidas en materia de testamento cerrado, algunas de ellas son ad-substantiam y otras son simplemente ad-probationem. La omisión de las primeras origina la nulidad del acto testamentario y las segundas no. Por tal razón ha sostenido la doctrina de la Corte, con fundamento en la ley, que la omisión de la escritura a que alude la Ley 36 de 1931, así como los vacíos procedimentales cometidos en las diligencias de apertura, la omisión de las designaciones prescritas en el Art. 1073, en el inciso 4º del 1080 en el inciso 2º del 1081 del Código Civil, no configuran la nulidad del testamento cerrado, si de otra parte no existe duda acerca de la identidad del testador, notario o testigos (Art. 11 Ley 95 de 1890).

7. Haciendo entonces una incursión a los antecedentes doctrinales, en el punto que se viene analizando, la Corte ha sostenido:

a) En sentencia de 12 de abril de 1940 expresó:

"Nuestro Código Civil, idéntico en estas normas al chileno, no requería para el otorgamiento del testamento cerrado otras formalidades que las señaladas en el artículo 1080; en ese precepto se consagra que lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos una escritura cerrada declarando de viva voz que aquella escritura contiene su testamento. El Notario expresará sobre la cubierta la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre y domicilio tanto del testador como de los testigos y el lugar, mes y año del otorgamiento.

"Más tarde la Ley 36 de 1931 vino a señalar un nuevo requisito a esta clase de actos de última voluntad. Al efecto, en el artículo 1º dispone que inmediatamente después del acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos la escritura que contiene su testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar y fecha precisa del otorgamiento, el nombre completo del Notario, del testador y de cada uno de los testigos, edad del otorgante, la circunstancia de hallarse en su cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece. Se dirá allí también el estado y sellos de la cubierta.

"Además de lo dicho, exige el artículo 4º de la aludida ley que copia de esa escritura debe acompañarse a la solicitud de apertura y publicación del testamento.

"Conocidas las dos formalidades consagradas por dicha Ley para acreditar el otorgamiento de un testamento cerrado, es pertinente estudiar y decidir si las tales —otorgamiento de la Escritura pública y su presentación en la diligencia de apertura y publicación— llegan a constituir formalidades esenciales para la validez del acto mismo.

"Y si bien es verdad que el otorgamiento de tal escritura proviene ahora de un ordenamiento legal, para efectos exclusivamente probatorios —y es evidente que ese fue el fin perseguido por la Ley—, no puede concluirse que su omisión acarree la nulidad absoluta del acto testamentario. Los artículos 1740 y 1741 del Código Civil contemplan sólo el caso de que en acto o contrato se haya omitido una formalidad o requisito esencial, derivado de la propia naturaleza o de la trascendencia social del respectivo acto o contrato y sólo la pretermisión de una formalidad de esa índole, exigida por la ley como requisito ad-solemnitatem, puede originar un vicio de tanta trascendencia, que haga el acto inexisten-

te desde su iniciación. Pero las formalidades externas de carácter exclusivamente probatorio, para asegurar una mayor autenticidad del acto jurídico, no pueden originar consecuencia tan grave y fundamental como la de dejar inexistente un acto de última voluntad, destinado a regular el patrimonio post mortem".

b) En sentencia de 23 de junio de 1949 afirmó:

"Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, según se vio, y que determina el artículo 1080 del Código Civil es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos, una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica, y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la cubierta cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

"El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho esta Sala, no viene a constituir, en su fondo, una solemnidad, o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que sí son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las enumeradas y exigidas por el artículo 1080 del Código Civil, cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del artículo 4º de esa Ley, inducen a aceptar que en tal precepto, tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario pero en él no se consagra la nulidad absoluta, como sanción por su omisión (G. J. tomo 49, pág. 240).

"Así, pues, si se prescinde de la escritura que dispone la memorada Ley 36, no sería ello causa de nulidad, con tanta mayor razón, no lo sería el hecho de que se dejara de firmar la escritura en cuestión por uno de los testigos, máxime, si como lo observa el Tribunal, se trata de un error de copia, puesto que en el caso de autos, al enunciar el Notario los testigos ante quienes se celebró el acto, asigna los cinco y aparece que firman cuatro y se repite el nombre de uno de ellos";

c) En sentencia de 2 de marzo de 1960 sostuvo:

"Por consiguiente, si el artículo 1080 del Código Civil, determina lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, allí quedan circunscritas las solemnidades ad-sustantiam —salvo las del inciso 4º, por ministerio del 2º, artículo 11, Ley 95 de 1898— de tal suerte que todas las demás previstas por el legislador en la misma materia, lo son simplemente ad-probationem, sin que esto les reste su valor relativo, y su importancia, no exagerable ciertamente cuando no hay duda acerca de la exactitud y autenticidad del acto testamentario legítimamente otorgado con el lleno de las condiciones formales y materiales prescritas por el ordenamiento para su plena validez.

"Afectarla con el apoyo deleznable de vacíos en ritos simplemente procedimentales y de finalidad probationem, sería tanto como prescindir del derecho sustancial para rendir culto al formulismo, o como sostener que los trámites, lejos de amparar la justicia, tienen por objeto aniquilarla.

"Es obvio, entonces, que lo primero, principal y subordinante por cuanto hace a la validez del testamento cerrado debe consistir siempre en que no falte ninguna de las formas que por su esencia misma exige ese acto solemne. Que es cuanto expresa el referido artículo 1080 del Código Civil.

"Es difícil imaginar siquiera mayor dominio del idioma que el del artículo citado al describir con suma claridad el modo como el testamento cerrado debe otorgarse, de acuerdo con la experiencia de todos los tiempos, para asegurarle al testador el fiel cumplimiento de su voluntad después de sus días. Por eso, aún la omisión de las asignaciones del nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos o de las demás que menciona el inciso 4º del artículo 1080 no envuelve la nulidad del testamento, 'siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo' (2º 11, Ley 95 de 1890).

"Lo cual por corolario significa que si hay, certeza en cuanto hace a la validez con que el acto testamentario fue otorgado

y acerca de la autenticidad del último querer del causante para disponer de sus bienes conforme a derecho, nada en el campo jurisdiccional puede impedir o en modo alguno desvirtuar el contenido y alcance de la postrera voluntad del difunto".

8. Si la omisión de la escritura a que se refiere la Ley 36 de 1931 no configura la nulidad del testamento solemne cerrado, por cuanto tal hecho no se encuentra establecido como un vicio de tanta entidad que afecte su validez, los errores en que se incurra en dicha escritura no pueden, por ende, incidir en la existencia del testamento mismo. En igual forma, si en la elaboración de la escritura a que se refiere la citada ley se comete un simple yerro mecanográfico o un lapsus calami en lo atinente a la fecha de expedición, o aparece con una fecha diferente a la de presentación al notario por el testador del testamento cerrado, tal hecho no tiene la suficiente virtualidad jurídica para afectar la validez del testamento, no sólo por lo ya expresado, sino además, porque las nulidades son limitativas y, por esta peculiaridad, de interpretación eminentemente restrictiva.

9. De otra parte, si en la redacción de la leyenda que debe dejarse en la cubierta contentiva del testamento solemne cerrado se comete un error consistente en ponerle una fecha que cronológicamente no coincide con la del otorgamiento de la escritura a que alude la Ley 36, tal yerro tampoco configura un motivo de nulidad de la memoria testamentaria, puesto que si la omisión de la fecha que debe figurar en el sobre o cubierta no constituye un vicio que atente contra la legalidad del acto testamentario, por expresarlo así el Art. 11 de la Ley 95 de 1890, menos puede dársele alcance de nulidad al error de fecha cometido en la leyenda puesta en el sobre o cubierta que guarda el acto de última voluntad del testador.

10. Cuando la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre errores cometidos en el sobre que guarda el testamento cerrado, ha sostenido, por ejemplo, que la equivocación consistente en que la amanuense de la Notaría estampó en la cubierta que contiene el testamento cerrado una fecha distinta de la de la escritura, en forma alguna está erigida en causal de nulidad del testamento (Cas. Civ. julio 11 de 1956. Tomo LXXXIII, 212); ni tampoco la hay cuando en la cubierta de un testamento se estampe la fecha del día siguiente al de su otorgamiento, cuando ya estaba principiado y adelantado, o cuando obedece a un error (20 de febrero de 1958, Tomo LXXXVII 74).

11. Si como ya se observó las formalidades que perentoriamente deben cumplirse en materia de testamento solemne cerrado, cuya omisión constituye nulidad, son las establecidas en el Art. 1080 del Código Civil, con la salvedad de las contenidas en el inciso 4º, cuyo incumplimiento no estructura nulidad, en forma alguna puede configurarse vicio que socave la validez del testamento el hecho de que dentro de la cubierta cerrada se encuentre otro sobre que lo proteja, pues esta circunstancia, que puede ser de común ocurrencia, lejos de entrañar una informalidad, más bien va orientada a contribuir al secreto con que el testador ha querido rodear las disposiciones de su testamento cerrado.

12. También conviene aclarar que en cuanto a la exigencia legal de que la cubierta que contiene el testamento solemne secreto debe quedar cerrada de manera que no sea posible extraer la carta testamentaria "sin romper" el sobre, tal concepto debe entenderse en un sentido relativo y no absoluto, en razón de que la destrucción del cerramiento de una cubierta, dice la doctrina de la Corte, puede verificarse de distintos modos: "rompiendo directamente una parte del papel de la cubierta, o diluyendo los pegantes de la misma, o quitando las costuras que la aseguren" (Cas. Civ. 28 de febrero de 1958, Tomo LXXXVII. 149).

13. Regresando al estudio de los cargos, el recurrente en el primero finca el error manifiesto de hecho en la apreciación que hizo el Tribunal del dictamen pericial y de la interpretación de la demanda, por cuanto respecto de la primera prueba se demuestra con ello la falsedad material cometida en la Escritura Nº 414 de 25 de octubre de 1955 de la Notaría Segunda del Círculo de Moniquirá, al hacerse las salvedades de los yerros con un tipo de máquina diferente y, con relación a la segunda, al no haberse pronunciado en concreto sobre la falsedad material.

Fuera de lo ya dicho por la Corte al comienzo del despacho de los cargos, cabe agregar que el simple hecho de utilizarse un tipo de máquina diferente para salvar interlineados o errores cometidos en la redacción de un documento o escritura pública, no configura por sí solo falsedad material, porque en verdad la ley no ha exigido que dichas notas, al elaborarse, incuestionablemente se hagan con el mismo medio mecánico, o con la misma pluma, o con la misma tinta, o con la misma mano.

Ahora bien, como el Tribunal no encontró la existencia de la falsedad, ni la prueba pericial evidencia semejante hecho, fácilmente se concluye que el sentenciador no cometió el yerro que se le achaca en la estimación de la prueba.

14. En lo que atañe al cargo segundo, el hecho de que dos testigos instrumentales de un testamento cerrado no sean ampliamente expresivos y sólo se ciñan a reconocer su firma y a declarar sobre el testamento y la forma de encontrarse tal documento como en el acto de la entrega, el hecho de concederles valor probatorio a esas versiones no configura un error de derecho con incidencia en la decisión, porque la Ley, respecto de los testigos que intervienen en las solemnidades del testamento secreto, apenas les pide referir si en su concepto tal documento se encuentra "cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega" y si reconocen "su firma y la del testador" (Art. 1082 del Código Civil). Y, esto fue lo que ocurrió en el caso sub lite.

15. Finalmente, con relación al cargo tercero y consistente en que el Tribunal cometió error evidente de hecho al no apreciar los testimonios de Guillermo Pinzón Pinzón y el doctor Hernando Montenegro, tampoco se configura tal yerro, pues éstos, en lugar de exteriorizar que hubo interrupción en el otorgamiento del testamento cerrado, antes ponen de presente, especialmente el último, que no se presentó tal fenómeno y en forma clara refiere cuál fue el origen de la equivocación cometida en la fecha que se puso en el sobre que contenía el testamento secreto. Por demás, ya se explicó ampliamente que un error en la fecha de la cubierta en forma alguna produce nulidad del testamento cerrado.

Por consiguiente, no prosperan 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 25 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

En las costas del recurso de casación se condena a la parte recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SEGUROS

Subrogación del asegurador en los derechos del asegurado

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de mayo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por "COMPAÑIA DE SEGUROS SKANDIA S. A." contra la entidad "TRANSPORTES DUQUE S. A. — TRANSDUQUE".

I

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido en noviembre de 1972 al Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, la "Compañía de Seguros Skandia S. A." demandó a la entidad "Transportes Duque S. A. — Transduque", a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que mediante contrato celebrado el 23 de marzo de 1972 entre la sociedad demandada y "Almacenes Generales de Depósito de Café — Almacafé", aquélla se obligó a tranportarle a ésta de Medellín hasta la Inspección Cafetera del Puerto de Cartagena, 130 bultos de café excelso con peso de 8.130.5 kilos;

b) que como la entidad transportadora no cumplió dicho pacto, puesto que no entregó la mercancía en el sitio de su destino, se declare resuelto el referido contrato; y

c) que, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar a la demandante el valor de los 130 bultos de café excelso, al precio que tenía el 28 de marzo de 1972 en que ha debido entregarse, "adicionado con un 25% por la no entrega de ese cargamento".

En subsidio de las anteriores súplicas, la demandante solicita que se condene a la demandada a pagarle los perjuicios causados por la no entrega de los 130 bultos de café excelso, que estima en la suma de $ 174.297.50, más el 25% de que habla el artículo 1031 del Código de Comercio.

2. Las afirmaciones de hecho que la sociedad demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) según lo acreditan la "Orden de Cargue" Nº 4.197 y la "Guía de Tránsito" Nº 151590, expedidas el 23 de marzo de 1972, la sociedad "Transportes Duque S. A." se comprometió a conducir, de Medellín hasta Cartagena, 130 bultos de café excelso de propiedad de "Almacenes Generales de Depósito de Café — Almacafé" que ésta le entrega a aquélla en esa fecha;

b) la compañía transportadora se obligó a transportar el cargamento en un término de 5 días, y a entregarlo por tanto a más tardar el 28 de marzo siguiente en la Inspección Cafetera del Puerto de Cartagena;

c) en cumplimiento de lo pactado, "Transportes Duque S. A." indicó al chofer José Lino Sepúlveda "como la persona a quien la Federación Nacional de Cafeteros debía entregarle en Medellín el cargamento para su transporte hasta la ciudad de Cartagena; y el camión de placas A-31420, marca Chevrolet, modelo 1959, color verde, afiliado a Transportes Ibérica, como el en que debía ser transportado ese cargamento de café";

d) no obstante que el citado chofer, como lo acredita la "guía de despacho" Nº 12/96 de esa fecha, recibió por cuenta de "Transduque" la mercancía transportable, la entidad transportadora no la entregó en la fecha acordada, ni lo ha hecho hasta ahora, en el sitio de su destino, que, como se ha dicho, era la Inspección Cafetera del Puerto de Cartagena;

e) como lo acredita el certificado Nº 21142 de 7 de abril de 1972, "Almacenes Generales de Depósito de Café — Almacafé" había amparado el cargamento por los riesgos de pérdida y falta de entrega en la "Compañía de Seguros Skandia S. A.", mediante póliza número 0358 de esa fecha; y

f) por cuanto la entidad transportadora no entregó la mercancía en el lugar de su destino, "Almacenes Generales de Depósito de Café — Almacafé" "hizo efectiva la póliza de seguro" y por esto "Seguros Skandia S. A." tuvo que pagarle, el 30 de octubre de 1972, la suma de $ 137.046.00, "como indemnización del siniestro T-27/72 consistente en el robo de 130 bultos de café...".

3. En su oportuna contestación a la demanda la sociedad demandada se opuso a la súplica de su demandante.

Después de reconocer como ciertos la mayoría de los hechos invocados en ella, manifestó que "la no entrega del cargamento se debió a que el conductor fue atracado y robado, hecho imprevisto e irresistible que da lugar a que se tipifique la fuerza mayor o caso fortuito".

En esa misma oportunidad y fundándose en tal afirmación, propuso como perentorias las excepciones que llamó "inexistencia de la obligación que se demanda, y fuerza mayor o caso fortuito".

4. Contradicha así la demanda, 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 sentencia de 20 de agosto de 1975, mediante la cual resolvió el litigio así:

a) declaró que entre la sociedad demandada y "Almacenes Generales de Depósito de Café — Almacafé" se había celebrado, el 23 de marzo de 1972, el contrato de transporte de que se ha hecho mención;

b) estimó que la compañía transportadora había incumplido dicho pacto, pues "el cargamento no fue recibido por el destinatario";

c) condenó a "Transoprtes Duque S. A.", por dicha razón, a pagar a la demandante "Compañía de Seguros Skandia S. A.", la suma de $ 137.046.00, valor de los 130 bultos de café excelso perdidos, "más el 25% de dicha cantidad, como indemnización por lucro cesante, según el Art. 1031 del Código de Comercio";

d) estimó que las demás peticiones de la demanda son improcedentes y por tanto las negó; y

e) finalmente, condenó a la sociedad demandada al pago de las costas procesales.

5. Por virtud de apelación interpuesta contra esta providencia por la entidad demandada, recurso al cual adhirió la demandante en cuanto a la cuantía de la condena, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 1976, confirmó "en todas sus partes" la apelada.

6. Contra la decisión del Tribunal interpuso casación "Transportes Duque S. A.", 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, con transcripción del artículo 981 del Código de Comercio el Tribunal inicia las motivaciones de su sentencia haciendo algunas consideraciones en torno al contrato de transporte.

Y luego de referirse a la "Guía de Tránsito para Café de Exportación" Nº 151690, expedida el 23 de marzo de 1972 por la Dirección General de Aduanas; a la "Orden de Cargue" Nº 4197, dada en esa misma fecha por "Transportes Duque S. A." a la "Federación Nacional de Cafeteros" de Medellín; y a la "Planilla" de 24 de los mismos mes y año, asevera el **ad quem** que es evidente el contrato de transporte ajustado entre "la Federación de Cafeteros de Colombia y Transportes Duque S. A.... en el cual la Empresa Tarnsportadora se comprometió a transportar desde Medellín hasta Cartagena y en un término de seis días contados a partir del recibo de la mercan-

cía, o sea marzo 24/72, entregarla en la ciudad de su destino, sin que ésta llegara al lugar indicado".

2. Observa en seguida el Tribunal que la entidad consignante y destinataria de los 130 bultos de café, al no obtener la entrega de éstos en el lugar de su destino, hizo efectivo el seguro que había acordado con la "Compañía de Seguros Skandia S. A." por la pérdida de la mercancía, por lo que la aseguradora debió pagar a la asegurada, "el valor asegurado, o sea la cantidad de $ 137.046.00 moneda corriente, según constancia que obra a folio 6, de fecha octubre 30 de 1972".

Cree el sentenciador, y así lo afirma para darle fundamento legal a la acción aquí instaurada por la compañía aseguradora, que "los Arts. 1121 en concordancia con el 1096 del Código de Comercio, consagran la subrogación en favor del asegurador, por ministerio de la Ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro".

3. Refiriéndose a las excepciones propuestas por la sociedad demandada, después de detenerse en el análisis jurídico de la fuerza mayor asevera el sentenciador que tales medios defensivos no están probados en el proceso.

Dice, al punto ,que "solamente se adujeron copias de los denuncios formulados por el chofer del camión señor José Lino Sepúlveda Galeano y la del señor César Augusto Manzzini Medrano, ante el Alcalde y Juez respectivamente de San Jacinto, pero fuera de ello no se acreditó nada; pues, mal podía el inferior aceptar como pruebas para fundamentar la fuerza mayor o el caso fortuito, cuando ésta provenía de la misma parte inculpada, pues nadie puede preconstituirse su propia prueba".

En su análisis probatorio, dice el Tribunal que el chofer, ni en el momento de hacer su denuncia criminal ni menos después, "se preocupó por hacer comparecer ante las autoridades respectivas las personas que le encontraron amordazado"; dice además que hay contradicción entre esta denuncia y la que formuló el representante de la sociedad demandada, puesto que, agrega, mientras el primero afirma que fue "amordazado y amarrado a la carrocería del camión, habiendo sido encontrado al otro día", el segundo habla que "según informes del chofer, los fascinerosos hicieron desaparecer el camión".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación la sociedad demandada. En su demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser directamente violatorio, por aplicación indebida, del artículo 1096 del Código de Comercio hoy vigente.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente, después de recordar que en el presente litigio "Seguros Skandia S. A." viene "actuando como PRESUNTA CESIONARIA" de los derechos contractuales de "Almacenes Generales de Depósito de Café", provenientes del contrato de transporte celebrado el 23 de marzo de 1972 entre esta entidad y "Transduque", refiriéndose al citado artículo 1096 del Código de Comercio asevera que ésta es "una norma especial no aplicable a casos distintos de los por ella contemplados, que solamente reglamenta LA CESION DE LOS DERECHOS EXTRACONTRACTUALES DEL ASEGURADO CONTRA 'LOS RESPONSABLES DEL SINIESTRO', en favor del asegurador que pague la indemnización, lo que indica que dicho tipo de subrogación no opera tratándose de la cesión de unos derechos contractuales, COMO SON LOS DISCUTIDOS EN EL JUICIO ORDINARIO QUE ORIGINO LA SENTENCIA QUE AHORA IMPUGNO".

Cree el censor, y en ello cifra la acusada aplicación indebida del artículo 1096 antecitado, que por tratarse de derechos contractuales de "Almacafé", la cesión que de ellos haga esta entidad "en favor de terceros tenía que ser convencional, y para que surtiera efectos frente a Transduque S. A. había que notificársele a mi representada, de conformidad con el Art. 1960 del Código Civil, LO CUAL NUNCA SE HIZO".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) Por regla general, el contrato de seguro persigue como objetivo específico que el asegurador indemnice al asegurado el perjuicio que éste sufre con la ocurrencia del siniestro.

Este principio de indemnización, que es esencial en el contrato dicho, pronto llevó a los doctrinantes a contemplar, con el propósito de hallarle solución, la situación en que queda el asegurador con relación al tercero responsable del siniestro ya indemnizado.

Fundados en elementales principios de equidad, preconizaron entonces la necesidad de consagrar para el asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada, un derecho de subrogación de los derechos de éste para recuperar esa misma cosa, o para ejercer contra quien haya lugar las acciones correspondientes sobre la indemnización, pues que de no aceptarse tal subrogación se presentaría una de estas dos situaciones, incompatibles ambas con elementales principios jurídicos: o que el asegurado, además de la indemnización a que el contrato de seguro le da derecho, obtenga la que tiene su fuente en el acto dañoso del tercero responsable; o que éste, por la sola existencia del contrato de seguro, en el cual es tercero, quede exento de la sanción civil a que da origen el hecho ilícito.

2ª) Acogiendo estos principios doctrinarios, el Legislador Colombiano de 1971, como ya lo había hecho en codificación anterior, consagró positivamente la subrogación dicha, entendiéndola como un derecho en virtud del cual el asegurador ocupa el lugar del asegurado con respecto al tercero responsable del siniestro ya indemnizado, hasta concurrencia del valor de la indemnización.

Y para buscar la necesaria eficacia del derecho así instituido, esos mismos legisladores establecieron que el asegurado no puede ejecutar ningún acto jurídico o material que afecte el ejercicio de la subrogación, ni menos renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro.

3ª) Pero si bien es cierto que el derecho comercial del país siempre ha establecido la subrogación por la causa anotada, también lo es que no en toda época lo ha hecho atribuyéndole el mismo carácter: al paso que el Código de Comercio hoy vigente instituye la subrogación legal, el anterior la consagraba como subrogación convencional.

Decía en efecto el artículo 677 de este estatuto que "El asegurador que pagare la cantidad asegurada, podrá exigir del asegurado cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros; y el asegurado será responsable de todos los actos que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones cedidas".

Mediante su artículo 1096 el Código de Comercio de 1971, en cambio, precentúa que "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la Ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado".

Todo lo cual significa que a la luz de la legislación hoy vigente en la materia, para que el asegurador ocupe el lugar del asegurado en sus derechos con respecto a los terceros responsables del siniestro, ya no es menester la previa convención al efecto entre éste y aquél, sino que la subrogación se produce por el solo ministerio de la ley: pagada la indemnización por el asegurador la subrogación se realiza aún contra la voluntad del asegurado, lo cual no es sino confirmación del derecho común que rige la materia (Art. 1666 a 1671 Código Civil).

4ª) Al contrario de lo que predica la censura, el artículo 1096 del Código de Comercio no aludé a la "cesión de derechos extracontractuales del asegurado", sino a la subrogación de los derechos de éste nacidos del contrato de seguro y no del hecho ilícito.

La subrogación del asegurador en los derechos del asegurado, que es la situación reglamentada por la norma en comento, se presenta entonces como una derivación del contrato de seguro con profunda incidencia en éste y, por consiguiente, es ésta y no otra la disposición aplicable en las relaciones contractuales de la estirpe dicha.

Como no aparece convención alguna al efecto, en el caso de este proceso la "Compañía de Seguros Skandia S. A." no actúa como cesionaria de derechos que corresponden a "Almacafé" por el hecho ilícito de terceros. Por razón de haber pagado, en su calidad de aseguradora, la indemnización contractual debida al asegurado, por ministerio de la Ley adquirió la categoría de subrogataria de éste en sus derechos, nacidos no de un hecho ilícito de "Transportes Duque S. A." sino del contrato de seguro, y en esa calidad ha comparecido. Por consiguiente, a esa situación fáctica corresponde aplicar la voluntad del legislador contenida en el precitado artículo 1096 del Código de Comercio, el cual, por lo mismo, no ha sido aplicado indebidamente aquí.

El cargo es pues infundado.

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 trece (13) de mayo pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso extraordinario a cargo de la recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SEGUROS

Carga de la prueba

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

II

Antecedentes

1. Francisco José Arrubla el 24 de abril de 1972 tomó una "póliza temporal de seguro de vida", marcada con el número T15-74556, en la Compañía Suramericana de Seguros, por un total de $ 50.000.00, y designó beneficiarios a su esposa Leonor García de Arrubla y en su defecto a los hijos del matrimonio, por partes iguales.

2. Según anexo a la mencionada póliza, la Compañía asumió el riesgo adicional de pago de doble indemnización, en caso de que la muerte del asegurado ocurriese en forma accidental, entendiéndose "por accidente el hecho externo violento, visible y ocasional, no causado voluntariamente por otra persona, que dentro de los noventa días siguientes a su ocurrencia, produzca la muerte del ASEGURADO...".

3. También como anexo a la referida póliza se tomó un seguro de accidente por $ 50.000.00, que comprendía la muerte del asegurado, con idéntica salvedad a la que se deja expuesto en el punto inmediatamente anterior, sujeta a la siguiente modalidad: "Riesgos excluidos... e) Lesiones o muerte causados por otra persona, salvo que quien reclame, demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o, a lo sumo, de un hecho culposo".

4. Estando en vigencia esos seguros, Arrubla falleció el 20 de abril de 1973 a consecuencia directa, según el acta oficial de necropsia, "de la inflamación purulenta del sistema nervioso central, ocasionada a su vez por herida penetrante a la cavidad craneana por proyectil de arma de fuego".

5. La beneficiaria del seguro reclamó a la Compañía el pago de las indemnizaciones estipuladas en la póliza y en sus anexos, a lo cual ésta accedió en cuanto al seguro de vida, pero se negó a pagar los dos seguros adicionales, según carta de fecha 11 de diciembre de 1973, alegando la "no comprobación de la ocurrencia del siniestro bajo las condiciones generales de dichos anexos".

6. Con apoyo en los hechos relatados, Leonor demandó a la Suramericana de Seguros, para que se le condenase al pago de la cantidad de $ 150.000.00, valor total del seguro de vida y de sus anexos de doble indemnización y de accidentes personales, más los intereses respectivos a la tasa del 18% anual y las costas del proceso. Advirtió la demandante que la aseguradora "tiene derecho a abonar a su obligación principal los contados que ha dado para tal efecto y probados por cualquier medio establecido en la ley".

7. Opúsose la demandada a las súplicas del libelo alegando, en síntesis, que el siniestro amparado por los anexos de doble indemnización y de accidentes personales no había tenido lugar en las condiciones estipuladas, porque no se había demostrado que no hubiese sido causado voluntariamente por otra persona. Propuso también la excepción de pago parcial del seguro de vida, porque afirmó y demostró que por ese concepto sólo adeudaba la cantidad de $ 7.699.00 que la beneficiaria se había negado a recibir.

8. Culminó el primer grado de jurisdicción con la sentencia del 17 de noviembre de 1975, en la que el juez del conocimiento

declaró probada la excepción de pago parcial de la obligación y condenó a la sociedad demandada a satisfacer a la demandante la cantidad de $ 107.699.00 con intereses a la tasa del 18% anual a partir del 1º de enero de 1973.

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató el recurso de apelación que contra el fallo mencionado interpuso la aseguradora, mediante sentencia de fecha 3 de septiembre de 1976, contra la cual recurrió en casación la parte demandante.

10. El fallador de segundo grado decidió lo siguiente: a) declaró probada hasta la cantidad de $ 42.301.00 la excepción de pago parcial propuesta por la demandada y la condenó a pagar a la beneficiaria del seguro el saldo de $ 7.699.00 sin intereses; b) igualmente declaró probadas las excepciones denominadas "no ocurrencia del siniestro", "inexistencia de la obligación" y "cobro de lo no debido" respecto de los seguros adicionales de que dan cuenta los anexos de la póliza; y c) revocó la condena en costas de la primera instancia y dispuso que no había lugar a ellas en la segunda.

III

Motivación del fallo impugnado

Observa el fallador que está demostrado que la compañía demandada pagó parcialmente a la demandante el valor del seguro de vida estipulado en la póliza, por lo cual debe confirmarse ese aspecto de la decisión apelada, y que sólo cabe condenar a la aseguradora al pago del saldo respectivo, sin intereses, porque la demandante confesó haberse negado a recibirlo.

Respecto de los dos seguros adicionales pactados en los anexos de la póliza, uno por muerte accidental y otro por accidentes personales, dice que debe estarse a las condiciones generales a que estaban sometidos esos riesgos, o sea, entre otras, a que la muerte no fuera causada voluntariamente por otra persona, salvo que "quien reclame, demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o a lo sumo de un hecho culposo".

Al interpretar la referida estipulación contractual, el fallador discrepa del criterio del juez. Este último consideró que la prueba de que la muerte del asegurado fue ocasionada voluntariamente por otra persona debía ser suministrada por la compañía demandada; en cambio el ad quem estima lo contrario: que era a la beneficiaria a quien correspondía acreditar el caso fortuito "o a lo sumo un hecho culposo", o sea que dicha muerte no había sido producida por hecho voluntario ajeno.

Con este criterio, pues, el Tribunal dice que como la demandante no adujo la prueba en referencia y como de otro lado, de la diligencia de necropsia se deduce que el proyectil que le causó la muerte del asegurado había sido disparado "voluntariamente por **otra persona**", la compañía demandada no está obligada al pago de esos seguros adicionales. (Subraya la Sala).

Para llegar a esa conclusión el fallador hace somero análisis jurídico del contrato de seguro en general; asevera que el asegurador tiene pleno derecho de precisar cuáles son los riesgos que asuma; que mediante los anexos de que se trata, dentro de los riesgos amparados no figuraba la muerte del asegurado por cualquier causa sino apenas la ocurrida en forma accidental, entendiéndose por accidente, para esos efectos, un "hecho externo, violento, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona... y que como tal, corresponde al beneficiario, no al asegurador, acreditar tal circunstancia".

IIII

El recurso de casación

De los dos cargos que se formulan contra la sentencia de segundo grado, ambos por la causal primera, se estudia únicamente el primero que está llamado a prosperar.

Está formulado así: violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1054, 1056, 1072, 1077, 1080 y 1162 del Código de Comercio; "infringe también los artículos 6º y 177 del Código de Procedimiento Civil, 1622, 1624 y 1757 del Código Civil y 822, 823 y 871 del Código de Comercio".

Estima el recurrente que el quebranto de las disposiciones indicadas se produjo "como consecuencia de los errores de hecho

evidentes y de los errores de derecho en que incurrió el fallador de segundo grado, por haber apreciado indebidamente algunas pruebas y haber dejado de apreciar otras".

Como apreciadas en forma errónea indica la póliza y sus anexos, el dictamen pericial de los médicos legistas que practicaron la autopsia del asegurado, la comunicación que dirigió la compañía a la demandante el 11 de diciembre de 1973, y la diligencia de levantamiento del cadáver del asegurado, y como prueba no apreciada, la certificación de la Inspección Municipal de Policía de Caldas.

Afirma la censura que si el Tribunal hubiese valorado en conjunto a la luz de la sana crítica y de acuerdo con las normas que señalan los Arts. 1622 y 1624 del Código Civil, los medios de convicción que considera mal apreciadas, no habría incurrido en los siguientes errores evidentes: 1º) afirmar que la necropsia y la diligencia "son bastantes por sí solas para evidenciar que la muerte... fue causada voluntariamente por otra persona"; 2º) decir que la excepción de no ocurrencia del siniestro propuesta por la demandada está plenamente acreditada en el proceso; y 3º) el Tribunal incurrió también en el error de derecho de aseverar que a la demandante incumbía demostrar la ocurrencia del suceso y que en forma alguna lo acreditó.

Para sustentar su acusación, el recurrente comienza por afirmar que el contrato de seguro celebrado por Arrubla con la Suramericana fue uno solo, aunque contenido en la póliza y sus anexos; que la cláusula de exclusión de ciertos riesgos está redactada de manera ambigua, por lo cual debe interpretarse contra la aseguradora; que conforme a la póliza "comprobado que sea legalmente el fallecimiento y determinada su causa" la compañía debía pagar la suma asegurada; y que en el contrato no se convino "quién debía soportar la carga de la prueba de la causa del fallecimiento".

"En cuanto a las exclusiones —se lee en la demanda—, existen ciertas diferencias respecto a su redacción en los anexos. Así, en el primero se dice que no se pagará la indemnización 'si las pérdidas enumeradas en la misma resultaren directamente a consecuencia de cualquiera de las siguientes causas...; k) Lesiones o muerte causadas voluntariamente por otra persona'. Y para el segundo se expresa que 'el seguro no cubrirá pérdidas o incapacidades causadas directa o indirectamente, totalmente o en parte, por los siguientes hechos...; a) Lesiones o muerte causados por otra persona, salvo que quien reclame, demuestre que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito, o, a lo sumo, de un hecho culposo'. Se observa que en el primero basta que la causa sea directa, cuando en el segundo se exige que sea directa o indirecta; además, en el primero se incluye el concepto de 'voluntad' sin indicarse a quien corresponde la prueba, al paso que en el segundo, que no incluye tal concepto, se impone al reclamante demostrar el **caso fortuito**, o a lo sumo, el **hecho culposo**". (Subraya el texto).

Sentada esta premisa, el recurrente enumera y transcribe en lo pertinente las pruebas de cuya deficiente apreciación acusa el Tribunal, y señala como preterido el certificado de la Inspección Municipal de Policía de Caldas, según el cual en el sumario que se inició con motivo de la muerte de Arrubla no existen sindicados, de lo que a su juicio "se concluye: a) Que la muerte del asegurado, fue consecuencia directa de un hecho externo, violento, visible y ocasional; b) Que no existen sindicados, es decir, personas a quienes pueda señalarse como autores de la muerte del asegurado; c) Que en consecuencia, no es posible determinar si el arma se disparó accidentalmente, o si ésta fue disparada por una persona y, en este supuesto, si ésta obró intencionalmente, con el propósito de producir la muerte del asegurado o solamente causarle lesiones, o si el autor únicamente puede imputarse negligencia, impericia, descuido. En síntesis, existió y existe absoluta imposibilidad física para demostrar que el siniestro fue causado **voluntariamente** (subraya el recurrente) por una persona, o que el accidente que causó la muerte configura un 'caso fortuito' o un 'hecho culposo'. Esta imposibilidad se predica tanto del beneficiario como de la aseguradora".

Agrega a renglón seguido que dada la

forma como se pactó el contrato de seguro, en cuanto a las obligaciones que asumieron el tomador y la beneficiaria, en su caso, éstos debían colaborar con la Suramericana "para las averiguaciones relacionadas con el accidente y sus consecuencias y facilitar los informes sobre el accidente"; y que la aseguradora, por su parte, se reservó el derecho "de hacer examinar al asegurado lesionado cuando se requiera razonablemente y de hacerle practicar la autopsia". Comparados estos textos —dice el recurrente— con las exclusiones, fácilmente se deduce que "no tienen propósito diferente de definir que la prueba de la voluntariedad (subraya) del acto causante de la muerte, o del 'caso fortuito', o del 'hecho culposo' corresponden a la aseguradora. La redacción y lo que al respecto dispone el artículo 1624 del Código Civil no permiten duda alguna".

Igualmente advierte el casacionista que "si Suramericana estuvo pronta a pagar la indemnización simple, la cantidad fijada en la póliza, habida cuenta de que su obligación se originaba en la prueba legal del fallecimiento y en la determinación de la causa de éste, necesariamente debe presumirse que aceptó el accidente como causa de la muerte, y que esta conducta no puede servir de fundamento para el pago de la suma estipulada en el documento principal y para negarlo en cuanto a las cantidades señaladas en los anexos que también son parte del contrato de seguro".

Analiza en seguida lo que disponen los Arts. 1077 y 1080 en relación con el 1056 y con el 1162 del Código de Comercio de los cuales concluye que "la pretendida inversión de la carga de la prueba que reconoce como válida el Tribunal, no tiene asidero legal. Y aún más —agrega—, si 'las normas procesales son de orden público, y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo estipulación expresa de la ley. Las disposiciones que contravengan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas', el convenio sobre inversión de la carga de la prueba, que fue redactada por la aseguradora, debe tenerse por no escrito por ser contrario al orden público. O sea que el régimen probatorio, la carga de la prueba se sujeta a lo dispuesto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, 1757 del Código Civil y 1077 del Código de Comercio".

Y como remate de toda su argumentación anteriormente resumida, asevera el recurrente lo que sigue: "a) Que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente cuando afirmó que las 'diligencias de levantamiento del cadáver y necropsia del finado Francisco José Arrubla son bastantes por sí solas para evidenciar que la muerte de este último fue causada voluntariamente por otra persona'. Asimismo, cuando expresó 'que la excepción de no ocurrencia del siniestro' 'está plenamente acreditada en el proceso', por cuanto la misma Suramericana en su comunicación del 11 de diciembre de 1973... reconoce la realización del riesgo y sólo la objeta en relación con la inversión de la carga de la prueba impuesta por la demandada en los citados anexos.

"Además, en error de derecho cuando sostuvo que a la demandante beneficiaria correspondía probar la ocurrencia del siniestro asegurado conforme a los contratos suplementarios, y que ella no demostró el caso fortuito o el hecho que hubiese sido la causa de la muerte del asegurado, infrigiendo en esta forma lo dispuesto en los artículos 6º y 177 del Código de Procedimiento Civil, 1757 del Código Civil y 1077 del Código de Comercio, en armonía con los artículos 1056, 1080 y 1162 ibídem".

El recurrente con base en los anteriores razonamientos aspira, pues, a que se case el fallo impugnado y a que como consecuencia, actuando en instancia, la Corte confirme el de primer grado con costas a cargo de la demandada.

IV

Consideraciones de la Sala

1. La cuestión sub judice versa primordialmente sobre un aspecto probatorio. Se trata de saber, para los efectos del riesgo asegurado de que tratan los anexos a la póliza, a cuál de las dos partes le corresponde la carga de la prueba en cuanto a la causa del fallecimiento del asegurado. Dicho en otras palabras, la beneficiaria debe demostrar que la muerte de Arrubla no fue causada voluntariamente por otra persona, para efectos del anexo de doble indemniza-

ción, o al menos que la muerte se produjo a consecuencia de caso fortuito o de hecho culposo (anexo de accidentes personales) o le basta con acreditar que ocurrió el fallecimiento. O, por el contrario, ante la prueba de la muerte del asegurado y para poderse abstener de pagar la indemnización, la aseguradora tiene a su cargo suministrar la prueba de que fue causada por acto voluntario de un tercero. La decisión del proceso y por ende del recurso en estudio depende de la dilucidación de estos interrogantes.

Al tenor del Art. 16 del Código Civil, es verdad sabida que las normas procesales, y dentro de ellas las de orden probatorio, son de orden público y de forzoso cumplimiento, tal como lo había expuesto la Corte en sentencia del 16 de agosto de 1935 (XLII, pág. 239, XLIX, pág. 569); que por tanto no son válidas las estipulaciones contractuales tendientes a modificar o a eliminar esas normas que forman parte del derecho público; y que menos aún pueden serlo cuando tales estipulaciones provienen de una imposición unilateral de una de las partes, como ocurre con las cláusulas impresas en los llamados contratos de adhesión o por adhesión. Ese tipo de contratos es de frecuente ocurrencia en los de seguro y de transporte, en los cuales una de las partes tiene que aceptar las cláusulas que la otra establece sin que le sea dado discutirlas.

3. En el presente caso el contrato que celebraron la Suramericana y Arrubla se pactó sobre tres bases diferentes: a) en la póliza de seguro de vida, el riesgo que asumió la aseguradora consistía simplemente en el fallecimiento natural del asegurado, siempre que no ocurriera por suicidio antes del transcurso de dos años desde la fecha de expedición de la citada póliza (cláusula 5ª de las condiciones generales); b) en el anexo de muerte accidental, cuando ésta se produjera a consecuencia de un "hecho externo, violento, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona, que dentro de los noventa días siguientes a su ocurrencia, produzca la muerte del ASEGURADO" (cláusula 1ª); y c) el de accidentes personales, sujeto a que la muerte ocurriera, igualmente, por hecho "violento, externo, visible y ocasional, no causado voluntariamente por una persona". Dentro de los riesgos excluidos en este anexo (cláusula 9ª de las condiciones generales, literal e), quedaron previstas las "lesiones o muerte causadas por otra persona, salvo que quien reclame que dichas lesiones o muerte provinieron de un caso fortuito o, a lo sumo, de un hecho culposo".

4. Está fuera de duda el riesgo cubierto por la póliza, pues la beneficiaria demostró el fallecimiento del asegurado y la Suramericana pagó casi en su totalidad la indemnización respectiva. Apenas quedó un pequeño saldo que la demandante confiesa no haber querido recibir; ...aquello descarta la posibilidad de suicidio, caso en el cual la aseguradora no habría pagado nada.

5. Surge entonces el problema de interpretar las estipulaciones de los anexos de la póliza transcrita en los literales b) y c) del punto 3º anterior, en cuanto a la carga probatoria en lo atinente a la forma en que se produjo la muerte del asegurado (cuya ocurrencia está plenamente demostrada, se repite) desde el punto de vista de lo que al respecto establece la ley y, por tanto con prescindencia de las estipulaciones impresas en los anexos de que se trata. **A este respecto el Art. 1077 del Código de Comercio estatuye lo siguiente: "corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro... El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad".**

6. Que la muerte accidental de una persona no ocurrió por acto voluntario de otra, es proposición indefinida de imposible demostración. Ad imposibilia nemo tenetur. **Esta máxima de derecho explica por qué el segundo inciso del Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, dispensa de la carga probatoria a quien aduce afirmaciones o negaciones indefinidas. Si la ley establece esa dispensa para los procesos, es obvio que los contratantes no pueden estipular lo contrario.**

7. Aplicando lo que se acaba de exponer al caso en estudio, se pregunta la Corte, cómo podía la beneficiaria demostrar que la muerte accidental del asegurado no era obra del hecho voluntario de otra persona? Las pruebas que el recurrente considera que

fueron mal apreciadas acreditan que Arrubla murió a consecuencia de un proyectil de arma de fuego que recibió en la cabeza y que le produjo "la inflamación purulenta del sistema nervioso central". Se ignora, sin embargo, quién fue el autor del disparo; si éste actuó voluntariamente o en forma simplemente culposa; y si ese disparo obedeció o no a circunstancias ajenas a la voluntad humana. Según el certificado del Inspector de Policía que estaba instruyendo el correspondiente sumario, a la fecha de su expedición se desconocía el sindicado, es decir, el posible autor del disparo mortal. Cómo, pues, podía la beneficiaria demostrar que la causa de la muerte del asegurado no obedeció a hecho voluntario de otra persona?

8. La imposición de esa carga probatoria en cuanto al hecho no voluntario de otra persona que establecen los dos anexos de la póliza de seguro que se están analizando, por ser obra de la aseguradora, por ser claramente contraria a la ley y por ser de todos modos ambigua al tenor del Art. 1624 del Código Civil (aplicable a cuestiones comerciales según el Art. 822 del Código de Comercio) debe interpretarse en forma restrictiva y en todo caso en contra de la aseguradora que la imprimió en aquellos documentos. La sola voluntad de la Suramericana no tiene virtualidad para contrariar las normas legales apuntadas en cuanto a la dispensa de la carga probatoria de proposiciones indefinidas, ni tampoco de imponer a la beneficiaria o al asegurado, en su caso, una obligación de imposible cumplimiento.

9. En cuanto a estipulaciones contenidas en contratos de adhesión, como las que se comentan, ha dicho la Corte: "Cierto es que si el contrato implica necesariamente el concurso de voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre éstas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre las cláusulas y condiciones del mismo. Ordinariamente ocurre esto en punto de transportes, seguros (se subraya), compraventa en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, etc., pues las grandes empresas que se dedican a estos ramos suelen fijar, por sí solas, sus precios y condiciones, ofreciéndolos al público sin admitir que persona alguna entre a discutirlos, sino simplemente a manifestar si los acepta o no. Esta nueva forma de contratación, puesta por la complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos, por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro".

"...También se justifica —dice la Corte más adelante— que la Ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos por adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas en favor del adherente, que es a lo que entre nosotros, conduce el inciso 2º del artículo 1624 del Código Civil". (Cas. civil 15 de diciembre de 1970, CXXXVI, pág. 190 y 191). En el mismo sentido XLIV, pág. 680 y CII, págs. 98 y 99, entre otras.

10. Las cláusulas de los anexos que han dado origen a esta controversia y de cuya mala interpretación se acusa al fallador, son indudablemente ambiguas y dudosas. La forma como fueron redactadas por la aseguradora y como figuran impresas en las pólizas que ésta utiliza en sus negocios de seguro, permiten que se las interprete de una u otra manera: ora que es el beneficiario del seguro de vida el que tiene que demostrar que la muerte del asegurado no ocurrió por acto voluntario de otra persona, ya que es la aseguradora a la que incumbe demostrar que ese hecho humano voluntario fue el determinante de la muerte y que por tanto el riesgo asegurado no se produjo.

Esa ambigüedad implica que la interpretación del contrato deba hacerse en contra de la aseguradora, es decir, que es a ésta a la que corresponde demostrar que la muerte ocurrió por acto voluntario de una persona, si quiere exonerarse de su obligación contractual de cubrir el riesgo amparado

por el seguro. Así lo pregonan el segundo inciso del Art. 1077 del Código de Comercio y el Art. 1624 del Código Civil.

11. Sobre esta base, pues, el Tribunal incurrió, a no dudarlo, en los errores de hecho que le atribuye el recurrente, pues estimó que las pruebas que éste señala como mal apreciadas, acreditan que la muerte del asegurado se debió a hecho voluntario de otra persona. Tales pruebas, vale decir, la diligencia de necropsia y el certificado del Inspector de Policía acerca de que en el sumario por la muerte de Arrubla no existen sindicados, no demuestran el extremo que el Tribunal creyó encontrar acreditado con ellas; por el contrario, sólo indican que, como lo afirma el recurrente, "existe imposibilidad física para demostrar que el siniestro fue causado voluntariamente por una persona" o a lo sumo por un hecho culposo.

Y esa prueba imposible, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, en manera alguna podía exigirse a la beneficiaria del seguro. En el caso sub judice lo único que se sabe es que durante la vigencia del seguro de vida, por muerte accidental y por accidentes personales que había tomado Arrubla en la Suramericana de Seguros, ocurrió la muerte del asegurado. Se ignora quién la causó; si ese posible autor actuó voluntaria o culposamente; o si el accidente mortal fue obra del azar.

Esa imposibilidad de demostrar la causa de la muerte no puede afectar a la beneficiaria del seguro. En todo caso, se repite, la aseguradora al haber pagado en su mayor parte el seguro de vida pactado en la póliza, aceptó que el asegurado no se suicidó, que era un riesgo expresamente excluido tanto en ésta como en sus anexos.

El Tribunal erró de hecho al apreciar esas pruebas y considerar que ellas acreditaban que la muerte de Arrubla fue causada voluntariamente por una persona, porque ellas apenas indican que la causa de la muerte no está establecida.

El error mencionado condujo al fallador a quebrantar las normas legales que indica la censura, por lo cual el recurso de casación está llamado a prosperar. Compete a la Corte proferir en instancia la sentencia de reemplazo correspondiente.

V

Fallo de reemplazo

Teniendo en cuenta que los presupuestos procesales se hallan reunidos y que la actuación no revela vicio alguno, debe revisarse en grado de apelación la sentencia de primera instancia, en virtud del recurso que interpuso la compañía demandada.

Para confirmarla basta con dar por reproducidas aquí, en lo pertinente, las consideraciones que se hicieron al despachar el recurso de casación. En resumen: están plenamente demostrados la celebración del contrato de seguro de que dan cuenta la póliza adjunta a la demanda y sus anexos; la muerte accidental del asegurado; la vigencia del seguro en cuestión cuando ésta ocurrió; el carácter de beneficiaria que tiene la demandante; y que el monto de la indemnización pactada en los mencionados anexos representa un total de cien mil pesos ($ 100.000.00) m/cte. Ambas partes aceptan que la aseguradora pagó parcialmente la indemnización estipulada en la póliza, por lo cual su pretensión, por este aspecto, se reduce al saldo de $ 7.699.00 que la beneficiaria originalmente se negó a recibir.

Por otra parte, no hay prueba —como quedó dicho anteriormente— de que la muerte del asegurado se hubiese producido en ninguna de las circunstancias estipuladas en los anexos de la póliza como riesgos excluidos del seguro. Esta prueba era de cargo de la compañía aseguradora, al tenor de lo que dispone el segundo inciso del Art. 1077 del Código de Comercio. Sólo se sabe que la muerte obedeció a un disparo de arma de fuego que recibió la víctima y que el proceso penal respectivo se adelanta en averiguación del responsable o responsables, pues hasta el momento de presentarse la demanda no había sindicados conocidos.

En estas condiciones, no cabe la menor duda que las súplicas de la demanda deben recibir despacho favorable, como lo recibieron en primera instancia.

De consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

Ley, CASA la sentencia impugnada y actuando en instancia CONFIRMA el fallo de primer grado proferido por el Juez del conocimiento con fecha 3 de septiembre de 1975.

Condénase a la parte demandada en las costas de la segunda instancia. Sin ellas ante la Corte.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

OBJECIONES A LA PARTICION

Nulidades procesales. Medio nuevo. Derechos de la viuda cuando opta por gananciales

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Procédese a decidir el recurso de casación interpuesto por varios interesados contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá aprobó la partición efectuada en el proceso sucesorio de OCTAVIANO SANCHEZ CONTRERAS.

I

Antecedentes

1. El 4 de octubre de 1950, mediante la Escritura Nº 508, Octaviano Sánchez Contreras otorgó ante el Notario del Círculo de Tocaima, testamento nuncupativo, cuyas principales disposiciones rezan así: ...SEGUNDO. Soy soltero y por lo mismo no tengo descendientes legítimos. TERCERO. En dos señoras cuyos nombres no menciono, he tenido cuatro (4) hijos que viven y se llaman BARBARA SANCHEZ BERNAL y SALOMON SANCHEZ BERNAL, personas que nacieron, la primera en Anapoima y el segundo en Tocaima, hace treinta y tres (33) años y treinta (30) respectivamente, y LILIA SANCHEZ MARTINEZ y OCTAVIANO SANCHEZ MARTINEZ, quienes nacieron en Anapoima y en este Municipio de Rafael Reyes, cuando era corregimiento de Apulo, hace aproximadamente diez y ocho (18) y catorce (14) años, respectivamente, personas a quienes es mi voluntad reconocer como mis hijos naturales, para que gocen en sociedad de los privilegios que las leyes asignan a los hijos reconocidos por sus padres. CUARTO. Instituyo como a mis herederos universales a mis cuatro hijos mencionados anteriormente..., y a la señora LEOPOLDINA MARTINEZ, a los cuatro primeros les asigno lo que les corresponde por la Ley en pago de su legítima, y a la última, una porción igual a la que le corresponde a mis legitimarios, de modo que mis bienes sean repartidos entre mis herederos aquí mencionados por partes iguales... SEPTIMO. Ruego al partidor de mi herencia que al hacer el trabajo de partición y adjudicación de mis bienes a mis herederos, dé en pago de sus hijuelas a mis menores hijos LILIA SANCHEZ MARTINEZ, OCTAVIANO SANCHEZ MARTINEZ y a LEOPOLDINA MARTINEZ los bienes de mi propiedad, que están situados en el Municipio de Rafael Reyes, o sea la finca de 'LA ESPERANZA', buscando así la continuidad entre lo que dejo a mis hijos SANCHEZ MARTINEZ y a la heredera LEOPOLDINA MARTINEZ, en cuanto cupiere en el trabajo de partición. OCTAVO. Declaro que éste es el único testamento que he otorgado y que es mi voluntad se respete y cumpla en todas sus partes".

2. Según partida de defunción otorgada por el Alcalde Municipal de Anapoima a virtud de aviso o denuncia de Salomón Sánchez, Octaviano Sánchez Contreras falleció en el hospital de La Mesa el día 5 de mayo de 1963. En dicha partida se dice que el difunto era "de estado civil casado".

3. A solicitud de Leopoldina Martínez y Lilia Sánchez Martínez, el Juez del Circuito de La Mesa, mediante providencia del 6 de agosto de 1963, declaró abierto en su despacho el proceso de sucesión del nom-

brado causante, reconociendo a la primera como "legataria", y a la segunda, como heredera en su condición de hija natural de Sánchez Contreras.

4. Por auto de 3 de septiembre siguiente, atendiendo petición que le hizo Octaviano Sánchez Martínez, el Juez lo reconoció como heredero del causante en su calidad de hijo natural de éste.

5. El 9 de noviembre del mismo año dictó el Juez auto en que dispuso: "...Reconócese a Ignacia Bernal viuda de Sánchez como interesada en el presente juicio, en su condición de cónyuge supérstite, quien opta por gananciales con beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros. Reconócese a Bárbara y a José Salomón Sánchez como herederos en el presente juicio en su condición de hijos legítimos del causante y quienes aceptan la herencia con beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros. Tiénese a Mercedes y Ana Beatriz Mendigaña Sánchez como interesadas en el presente juicio en su condición de nietas del causante, y quienes heredan por derecho de representación de su madre Saturia Sánchez, hija legítima del causante, y quienes aceptan la herencia con beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros".

6. Los reconocimientos de que trata el punto anterior se hicieron a solicitud de todos esos interesados, quienes presentaron, entre otras partidas de estado civil, la siguiente:

"En el libro 12 de Matrimonios folio 209, dice: 'En la Estación de El Hospicio, jurisdicción de la Parroquia de La Mesa, hacia el año de mil novecientos ocho o mil novecientos nueve, el señor Cura Párroco, cumplidas las prescripciones del caso presenció el matrimonio que en peligro de muerte contrajo OCTAVIO SANCHEZ, hijo legítimo de Avelino Sánchez y Ramona Contreras bautizado en Somondoco el ocho de diciembre de mil ochocientos ochenta y tres, Libro 17, folio 253 Nº 955, con MARIA IGNACIA BERNAL, hija legítima de José Bernal y Leonarda Gutiérrez, bautizada en La Mesa el veinte de agosto de mil ochocientos ochenta y cuatro, Libro 10, folio 100. Testigos Leonidas Sánchez y Rosenda Avila. Esta partida se inscribe por disposición episcopal Nº 167/53 en La Mesa, a tres de septiembre de mil novecientos sesenta y tres. Consta. El párroco: Benjamín J. Mosquera'. Copia expedida en La Mesa el cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y tres. Septiembre 4 de 1963. (Fdo.). Benjamín J. Mosquera".

7. Aprobado el inventario y avalúo de los bienes relictos, y luego de numerosos incidentes que no es necesario reseñar aquí, se decretó la partición, trabajo que llevó a efecto el partidor distribuyendo el acervo patrimonial de esta manera: la mitad de los bienes, para María Ignacia Bernal de Sánchez, en calidad de cónyuge sobreviviente, y un cesionario suyo; la otra mitad, por cuotas iguales entre los hijos legítimos y media cuota de éstas para cada uno de los hijos naturales.

8. En traslado a las partes este trabajo, Leopoldina Martínez y Octaviano y Ligia Sánchez Martínez presentaron contra él cuatro objeciones, que cabe resumir así:

Primera. La partición es contraria al testamento. El testador murió soltero y, por lo tanto, no cabía hacer hijuela para ningún cónyuge sobreviviente, puesto que no lo hubo. El supuesto matrimonio entre Octaviano Sánchez y María Ignacia Bernal no está probado, ni, de consiguiente, la filiación legítima que invocan Bárbara, Salomón y Saturia, representada ésta por sus hijos. La partida eclesiástica de matrimonio aducida al proceso sucesorio no tiene valor probatorio alguno: primero, porque no indica la fecha en que se celebró el supuestamente contraído, y segundo, porque se inscribió cuando ya estaba en vigencia la Ley 92 de 1938, sin orden expresa de la justicia civil y sin que haya prueba de sentencia eclesiástica que así lo dispusiere. Además, habiendo testamento, éste conserva su plena fuerza legal mientras no sea atacado mediante la acción de reforma.

Segunda. Suponiendo que el matrimonio estuviera probado, y consiguientemente la filiación legítima de algunos de los herederos, no puede pasarse por alto que hubo testamento y que por él dispuso el testador de la cuarta de mejoras por partes iguales entre todos sus hijos, razón por la cual no era el caso de asignar a los pretendidos hijos legítimos doble porción de la adjudicada a los naturales, ni de privar a Leopoldina Martínez de la cuarta de libre disposi-

ción, como si se tratara de sucesión intestada.

Tercera. Contrariamente a las disposiciones claras del testador, en la partición se constituye una comunidad de bienes entre los copartícipes, remitiendo a éstos a un ulterior proceso divisorio, en vez de haber dividido materialmente el patrimonio sucesoral.

Cuarta. El partidor ha debido hacer "una hijuela de gastos y deudas, con destino a satisfacer esos y éstas, previo el remate en pública subasta de los bienes materia de tal hijuela", en lugar de beneficiar a la supuesta cónyuge sobreviviente a través de "una expropiación particular a los demás copartícipes; quienes tienen el mismo derecho para ser adjudicatarios de tal hijuela". Este proceder "peca contra la equidad".

9. Mediante providencia del 25 de noviembre de 1970, el Juez del conocimiento puso fin al incidente de objeciones rechazando por improcedentes todas las propuestas y aprobando el trabajo de partición. Mas apelado ese auto por los objetantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó y dispuso: "PRIMERO. DECLARAR infundadas las objeciones primera y tercera formuladas por el apoderado de los herederos testamentarios Leopoldina Martínez, Octaviano y Ligia Martínez o Sánchez Martínez al trabajo de partición y adjudicación de bienes verificado en este proceso. SEGUNDO. DECLARAR FUNDADAS Y PROBADAS las objeciones segunda y cuarta formuladas por el mismo apoderado al mencionado trabajo de partición y adjudicación de bienes. TERCERO. ORDENAR al partidor doctor Napoleón Vega M. REHACER en el término de sesenta (60) días contados desde la ejecutoria del auto que disponga obedecer y cumplir esta providencia, el trabajo de partición y adjudicación de bienes conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia. CUARTO. DECLARAR que no es el caso de condenar en costas del recurso por haber prosperado éste parcialmente".

10. En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal, el partidor presentó nuevo trabajo que el Juez, encontrándolo ajustado a lo decidido por aquél en el incidente de objeciones, aprobó de plano mediante sentencia del 20 de mayo de 1974.

11. Inconformes los mismos objetantes con esta decisión, interpusieron el recurso de alzada, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató confirmando en todas sus partes el fallo apelado y condenando en costas a los recurrentes.

III

Motivación del fallo impugnado

1. La sentencia que se acusa mediante el recurso extraordinario es la que aprobó el trabajo de partición rehecho en cumplimiento del auto que declaró probadas dos de las objeciones propuestas y rechazó las dos restantes. Por lo tanto, su motivación ha de buscarse en dicho auto, en el cual se fundó el Tribunal para decidir que el nuevo trabajo se ajusta a lo allí resuelto.

2. El Tribunal rechazó la **primera objeción** por las siguientes razones, que conviene transcribir textualmente:

"...para impugnar las calidades de cónyuge sobreviviente y de hijos legítimos del causante que, en su orden, se les reconoció en el proceso a María Ignacia Bernal, viuda de Sánchez y a Bárbara, José Salomón y Saturia Sánchez Bernal, el objetante parte de la base de que 'es en la etapa partitiva del juicio sucesorio donde se ha de decidir con fuerza de cosa juzgada, quiénes son los copartícipes de una herencia y cómo o en qué proporción se ha de partir la misma entre ellos'.

"Pero nada más equivocada que la anterior apreciación, porque en acuerdo con el antiguo Código Judicial, cuyas normas pertinentes son las aplicables en el presente recurso de apelación (Arts. 40 de la Ley 153 de 1887 y 699 del Código de Procedimiento Civil), no es en esta etapa partitiva en donde puede discutirse y determinarse el punto, sino en cualquiera de las dos primeras señaladas en dicha obra, o sea en las indicadas en los capítulos III y IV del Título XXX del Libro 2º, como pasa a evidenciarse.

"Obsérvese, en primer lugar, que el artículo 953 —1º del capítulo V **ibídem**—: dispone muy claramente que 'Aprobado el inventario y avalúo, y, en su caso, registra-

do el decreto de posesión efectiva, cualquiera de los herederos, con las limitaciones prescritas en el artículo 1379 del Código Civil, puede pedir que se haga la partición, expresando en la demanda el nombre y domicilio de cada uno de sus coherederos'. Es decir, téngase en cuenta que esta norma exige, para que pueda pedirse que se haga la partición, que ya se hayan aprobado el inventario y el avalúo de los bienes relictos; que ya se haya registrado, en su caso, el decreto de posesión efectiva de la herencia; y que, consecuencialmente, ya se hayan reconocido los herederos llamados a suceder al difunto, pues, de lo contrario, es claro que no habría habido herederos reconocidos del de cujus, propiamente dichos, en cuyo favor hubiera sido posible decretar la posesión efectiva de la herencia, ni los habría para designarlos en la demanda de partición, indicando sus nombres y domicilios, y, entonces, la conclusión no puede ser otra que la de que la etapa partitiva del proceso sucesorio, no es la legal para 'decidir con fuerza de cosa juzgada, quiénes son los copartícipes de una herencia y cómo y en qué proporción se ha de partir la misma entre ellos'.

"En segundo término no debe olvidarse que al tenor del artículo 1387 del Código Civil, 'Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios".

"De suerte que de conformidad con esta norma, antes de procederse a la partición, debe quedar plenamente establecido quién es asignatario y cuál es su derecho, como tal...

"De otro lado, es de advertir que los herederos impugnados por el objetante de la partición y la cónyuge supérstite, señora Ignacia Bernal viuda de Sánchez, fueron reconocidos por providencias que procesalmente quedaron en firme por no haberse reclamado en manera alguna, mediante el ejercicio de los recursos conducentes establecidos por la ley para que se revoquen, o aclaren; y que el incidente suscitado por la oposición que se formuló a la demanda de partición fue decidido por providencia de 25 de octubre de 1969 en la cual se precisó el sentido en que debía llevarse a cabo el correspondiente trabajo, providencia que también quedó ejecutoriada por no haber sido reclamada (fls. 5 y —sic— cuaderno 10).

"En estas condiciones, ante la firmeza de tales providencias, si el apoderado objetante pretendía obtener el desconocimiento de las calidades de esos copartícipes, ha debido ejercitar la acción pertinente ante la justicia ordinaria. Mas como así no lo hizo —no hay prueba en contrario—, era preciso que el partidor tuviera en cuenta la calidad de los copartícipes, reconocidos en el proceso para obrar de conformidad...

"No siendo, pues, la presente etapa partitiva de los bienes relictos la adecuada para decidir, como lo pretende el abogado objetante, quiénes son los copartícipes y la proporción en que ha de partirse la herencia entre ellos, es obvio que la primera objeción propuesta al trabajo de partición debe declararse infundada, sin más consideraciones, por innecesarias, ya que, de otro lado, en el proceso quedó plenamente establecido, con la debida antelación, quiénes son los copartícipes entre los cuales ha de distribuirse la herencia, y la proporción en que debe hacerse la señala la ley".

3. La segunda objeción se declaró fundada y probada por el Tribunal.

Las razones en que el sentenciador se apoyó pueden resumirse así: el partidor no tuvo en cuenta las disposiciones contenidas en el testamento, conforme a las cuales el acervo hereditario debía repartirse por partes iguales entre cuatro legitimarios del testador y la asignataria Leopoldina Martínez, puesto que en vez de hacerlo así, adjudicó a ésta toda la cuarta de libre disposición, con lo cual cercenó las legítimas efectivas de los otros herederos, que debían comprender el residuo de dicha cuarta y ser determinadas dividiendo el acervo en el número de cuotas necesarias para que los hijos legítimos recibieran cada uno el doble de lo que reciban los naturales.

4. En cuanto a la tercera objeción, la rechazó el Tribunal con base en que, de acuerdo con el artículo 1392 del Código Civil, el avalúo pericial de los bienes relictos es el punto de partida para las adjudicaciones que se hagan en la partición, y en la que ha sido materia de las objeciones el parti-

dor expresó, en uso de su libre y soberano criterio, que "por razón del valor de los inmuebles, y en relación del valor de las adjudicaciones, no fue posible adjudicar a ninguno de los interesados un determinado cuerpo cierto, en su totalidad", conclusión esta que debe respetarse.

5. La cuarta objeción se declaró fundada por el sentenciador en atención a que el haberse adjudicado la hijuela de deudas y gastos a unos de los sucesores, con exclusión de otros, es cosa contraria al precepto del artículo 1397 del Código Civil, puesto que no hubo acuerdo sobre el particular entre todos ellos y, por lo tanto, se colocó a los excluidos en una situación desventajosa, contraria al principio de igualdad que debe imperar en las peticiones.

6. Finalmente, una vez rehecha la cuenta por el partidor con arreglo a lo decidido por el Tribunal sobre las objeciones propuestas, éste le impartió su aprobación mediante la sentencia que ahora se impugna por el recurso extraordinario.

IIII

La demanda de casación

Se proponen en ella seis cargos, uno por la quinta causal y los restantes por la primera.

La Corte los considerará y resolverá en su orden.

Primer cargo

Sin indicar la causal de nulidad procesal que invoca, limítase el impugnador a afirmar que en el trámite de la sucesión de Octaviano Sánchez Contreras se omitió "el principio inviolable y cumplimiento forzoso del DEBIDO PROCESO para juzgar, en cualquier rama, a cualquier persona, consagrado en el Art. 25 (sic) de la Constitución Nacional".

Y puntualizando las irregularidades que estima cometidas, expresa:

"De esta clase de nulidades, no consagradas en la ley, pero que son evidentes por violación grave de formalidades procesales, que los autores las llaman nulidades implícitas..., se observan en el presente proceso sucesorio:

"A) No obstante haberse dictado un auto, que es ley del proceso..., en que se dijo que se traiga a los autos previamente 'el contenido de la Disposición Episcopal Nº 167 de 1963', para resolverse en defintiva si el causante fue casado o no, y por ende, de los derechos en este proceso o a la herencia de Octaviano Sánchez, tengan María Ignacia Bernal y su hija Saturia, o dejar pendiente resolución, al respecto, mientras tal allegamiento no se haga, el proceso siguió adelantándose con intervención de dicha señora e hija (sus herederos) y teniéndolas a ellas como cónyuge e hija respectivamente del causante, violándose así, de manera flagrante, el derecho de defensa de mis poderdantes, para que el testamento se respete en su integridad, y se parta la herencia en la forma como el expresado testador lo dispuso, es decir, mientras no se acredite la legalidad de la partida matrimonial; ordenamiento que no se ha cumplido y que se ha pasado por encima de él.

"B) Como se dijo al narrar la historia del proceso..., el **a quo** decretó la partición al decidir el incidente de oposición a la misma por auto de 25 de octubre de 1968 (folios 5 y 6 cuaderno Nº 10), y en el mismo auto designó partidor, sin dar cumplimiento antes al traslado ordenado por la ley, a las partes para que designen partidor. Este traslado era indispensable. No ordenarlo ni surtirse en la mesa de la Secretaría, constituyó no solamente un acto antiprocesal sino una violación del derecho de defensa de los herederos que represento; porque antes de nombrar el Juez motu propio partidor, ha debídose dar cumplimiento al Art. 955 de la Ley 105. Para el Juez, era una obligación dar traslado de cinco días a las partes para que nombren partidor, y sólo si éstas no lo nombraban, proceder a designarlo él. Por esta omisión se dio, pues, una de esas nulidades de origen constitucional al violarse el principio del imprescindible DEBIDO PROCESO".

Consideraciones de la Sala

1. **Es regla invariable de derecho procesal la de que las causas de nulidad son de carácter taxativo e interpretación estricta, como excepciones que son al principio ge-**

neral de la validez y regularidad de los actos y actuaciones.

No hay, por lo tanto, "esta clase de nulidades, no consagradas en la ley", de que habla el impugnador en este cargo, que puedan ser invocadas y declaradas en guarda del "principio inviolable y cumplimiento forzoso del DEBIDO PROCESO", principio que invoca con apoyo en la disposición del artículo 25 de la Carta, queriendo sin duda hacer alusión al 26. Mas este texto constitucional, según lo tiene definido la doctrina, no concierne a cualesquiera irregularidades procesales, sino a que los asuntos se ventilen por el trámite que legalmente les corresponda y no por otro.

2. El Código Judicial sólo reconocía, como causales de nulidad aplicables a todo proceso, "la incompetencia de jurisdicción", la "ilegitimidad de la personería" y la "falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio" (artículo 448), y consagraba como causal de casación el "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

El nuevo Código de Procedimiento Civil es aún más terminante en lo que concierne a lo taxativo de los casos en que el procedimiento es nulo en todo o en parte, pues en su artículo 152 expresa que "solamente" se lo puede anular por alguna de las nueve causales que enumera, advirtiendo en su inciso final que "Las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece".

3. Con relación a los motivos de nulidad contemplados por el estatuto de enjuiciamiento derogado, la Corte dijo: "La ley ha determinado precisa y taxativamente las irregularidades procedimentales capaces de invalidar las actuaciones judiciales, teniendo en consideración la necesidad de evitar la incertidumbre de los derechos civiles y de rodear de seguridades la autoridad de la cosa juzgada. De este modo, con criterio progresivamente restrictivo, han quedado reducidos los motivos de nulidad adjetiva en la Ley de Procedimiento Civil a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Estas causales de nulidad, enumeradas en el artículo 448 del Código Judicial, como generales para toda clase de juicios, constituyen, junto con las previstas especialmente para el juicio ejecutivo en el artículo 451 del mismo Código, los únicos motivos legalmente capaces de determinar o producir la invalidación de las actuaciones judiciales... Improcedente es alegar nulidad con fundamento en irregularidades no erigidas por la ley como determinantes de invalidación de actuaciones judiciales. Las disposiciones sobre esta materia son de aplicación restricta y no admiten interpretación extensiva ni analógica" (Cas. Civ., 25 junio 1940, G. J. 1975, pág. 553).

Y en sentencia más reciente, de las últimas que se pronunciaron antes de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, se lee: "...lo expuesto en los precedentes considerandos muestra que, en las etapas procesales a que el cargo se refiere, no se incurrió en defecto alguno generativo de nulidad a la luz del ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial; y que si se diera el supuesto de haberse incidido en irregularidades de otro orden, no golpeadas por el derecho con la sanción de la nulidad, mal podría hacérseles sufrir ésta, porque, como bien lo tiene consagrado la doctrina, las causales de nulidad procedimental, determinadas expresamente y en forma taxativa por los artículos 448 y siguientes del código de la materia, constituyen reglas estrictas, no susceptibles de extensión al interpretarlas, ni del criterio de analogía en su aplicación (Cas. 7 septiembre 1934, XLI bis, 1895 B, pág. 132; 22 noviembre 1954, LXXIX, 2149, pág. 103); y que así las cosas, menos pudo en la esfera superior ser vulnerado el artículo 26 de la Carta, porque, según lo tiene dicho la Corte, 'la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurra en trá-

mite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad que se sanea con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito' (Cas., 18 noviembre 1959, XCI, 2217/18/19, pág. 831)" (Cas., G. J. 2282, pág. 191).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Segundo y tercer cargos

Por estar íntimamente relacionados, se estudiarán y decidirán estos dos cargos en forma conjunta.

a) Se enuncia el segundo así: "Violación indirecta de la ley sustancial. Por error de derecho en la prueba de que se partió para concluir que existían bienes gananciales en la supuesta sociedad conyugal, disuelta e ilíquida por muerte del cónyuge marido, 'OCTAVIANO SANCHEZ CONTRERAS — MARIA IGNACIA BERNAL'. Con invocación de la causal 1ª Art. 368 del Código de Procedimiento Civil, párrafo 2º)".

La acusación estriba en que el partidor, para llegar a la conclusión de que los inmuebles relictos son bienes sociales, se limitó a tener en cuenta la partida eclesiástica del matrimonio que se dice contraído entre Octaviano y María Ignacia y la inclusión en el inventario de dos inmuebles que se tienen como pertenecientes al haber de la sociedad conyugal, "sin que en el proceso obren las dos escrituras" mediante las cuales esos bienes fueron adquiridos por el causante. Con lo cual se incurrió por el sentenciador en error de derecho, por haber dado a aquellos primeros instrumentos "mérito probatorio de que carecen", con violación-medio de las disposiciones de derecho probatorio contenidas en los artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 1857 del Civil, así como de la consignada en el 265 de esta última obra. Y a consecuencia de este yerro quebrantó el Tribunal, por aplicación indebida, los artículos 1398, 1821 y 1830 de la misma obra, omitiendo en cambio aplicar, como ha debido hacerlo, el 1392 ibídem.

b) Por el tercer cargo se acusa la sentencia de ser violatoria de las mismas normas sustanciales, y por iguales conceptos, citadas en el segundo cargo. Mas no ahora por error de derecho, sino por el de hecho consistente en haber supuesto pruebas no aducidas a los autos: las escrituras de adquisición de los inmuebles que la partición y la sentencia que la aprobó consideran como sociales.

Consideraciones de la Sala

1. **En numerosas sentencias de esta Corporación se ha sentado la doctrina, sólidamente fundada, de que a través del recurso de casación interpuesto contra el fallo aprobatorio del trabajo del partidor, sólo cabe impugnar éste por motivos específicamente comprendidos en las objeciones de que fue objeto ese trabajo, porque aquellas cuestiones que no fueron objetadas por ninguno de los interesados constituyen, para los efectos del recurso extraordinario, verdaderos medios nuevos, sobre los cuales no hubo debate en el proceso.**

Dentro de las cuatro objeciones que formularon Leopoldina Martínez y Octaviano y Ligia Sánchez Martínez, no está comprendido lo concerniente a la prueba de que los inmuebles que quedaron a la muerte del causante fueran o no fueran bienes de la sociedad conyugal que hubiera tenido en vida con María Ignacia. Por lo tanto, este punto no puede ser dilucidado ahora, por ser medio nuevo.

2. Basta citar, en su parte pertinente, una sola de esas sentencias: "Pero, ante todo y predominantemente sobre las razones antedichas, hay una relacionada con la falta de un presupuesto de la casación y suficiente por sí sola para desestimar el primero de los cargos propuestos en el libelo acusatorio. Esa razón no es otra que la de que, aún en la ya descartada hipótesis de que la censura en sí fuese fundada, ésta no podría ser tomada en cuenta en el recurso extraordinario, por no haber sido materia de objeción alguna contra la partición. En efecto, las circunstancias en que el ataque en

casación intenta fundarse fueron preexistentes a la partición de que se corrió traslado a las partes. Ello envolvía la necesidad de que los interesados en impugnar tal trabajo con fundamento en semejantes circunstancias, lo hubieran hecho en la etapa de las objeciones para que allí, en esa portunidad, se hubiera producido sobre el punto la cuestión contenciosa, que legitimase a tales interesados para poder deducir en el recurso extraordinario el cargo relacionado con esa materia" (Cas. Civ., G. J. 2282, págs. 191 y 192).

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Cuarto cargo

Está concebido de esta manera, que conviene transcribir, textualmente: "Violó (el Tribunal) directamente el Art. 1016 del Código Civil, en cuanto lo aplicó dándole un alcance que no tiene: de autorizar al partidor integrarle los gananciales (a la cónyuge sobreviviente), por encima de la voluntad del testador, cuando lo que permite la disposición es la integración de la porción conyugal, sin que pueda identificarse lo uno con lo otro. Violó directamente el Art. 1239 del Código Civil, en cuanto lo aplicó creyendo que el derecho a gananciales puede equipararse al derecho a porción conyugal, y de paso el Art. 1230 ibídem, que define lo que es la porción conyugal... Violó directamente el Art. 1240 del Código Civil, y con ello los artículos 1274 y 1276 ibídem, en cuanto tiene el sentenciador a la cónyuge como legitimaria preterida, que puede presentarse, sin reforma del testamento o previa reforma del mismo, según el caso sea de los contemplados por los últimos artículos citados, para que se le integren por el partidor sus gananciales como si se tratara de porción conyugal. Violaciones estas que de contera, al aprobarse la partición en la forma hecha por el partidor y ordenada por el a quo al decidir el incidente de oposición a la demanda de partición, conllevaron el quebrantamiento y aplicación indebida de los artículos 1830, 1821, 1398 y 1392 del Código Civil".

Dirige el recurrente su ataque contra el hecho de que en la partición se incluyera a María Ignacia Bernal, como cónyuge sobreviviente con derecho a gananciales, y a los representantes de Saturia Sánchez Bernal, como hija legítima del causante, sin que ni la una ni los otros hubieran pedido y obtenido previamente la reforma del testamento, como se previene por el artículo 1274 del Código Civil.

Entendió el sentenciador, dice la censura, "que no hay necesidad de reformar el testamento o acudir al Art. 1274, en el presente proceso, sino de acogerse al Art. 1276 del mismo Código Civil, inclusive por lo que mira al reclamo de gananciales de la cónyuge sobreviviente, ya que ésta según el Art. 1278 ibídem también no necesita reformar el testamento, por qué fue preterida, y por qué los gananciales han de entenderse como asignación forzosa".

Sostiene el recurrente que, no siendo los gananciales una asignación forzosa, ni siendo la cónyuge sobreviviente —quien optó por gananciales— una legitimaria, la disposición aplicable al caso no era la del artículo 1276, sino la del 1274. Y afirma que lo propio debe predicarse de los representantes de la hija legítima Saturia, los cuales también tenían que pedir y lograr la reforma del testamento, si querían hacerse parte en el proceso.

Y luego de citar las opiniones de varios expositores nacionales y extranjeros, así como sentencias en que la Corte ha tratado el punto, sienta estas conclusiones: "En suma, finalizando el cargo, se violaron directamente, y por los motivos que quedan indicados, las disposiciones sustanciales citadas en este mismo cargo. Al dar entrada a la partición que aprueba la sentencia acusada en casación, tanto a cónyuge que no se nombró en el testamento y se le dé en la partición mitad de gananciales —no porción conyugal—, cuanto a hija legítima no nombrada en el testamento para nada, y se le da en la partición legítima efectiva, con menoscabo de los asignatarios testamentarios, desobedeciendo la voluntad del testador, SIN PREVIA REFORMA DEL TESTAMENTO O SENTENCIA PROFERIDA EN JUICIO ORDINARIO QUE TODO ELLO ORDENASE. De donde el Tribunal, al aprobar la partición, al rechazar las objeciones que se le formularon para que ella se hiciese respetando en todo la voluntad del testador, desconoció los derechos sustanciales de mis poderdantes o los violó di-

rectamente, a la manera como queda dicha. Con quebranto o violación directa del Art. 1387 del Código Civil, que en forma perentoria y terminante exige que las controversias acerca de la medida de los derechos que confiere al testamento, vale decir, las encontradas pretensiones que puedan surgir entre los herederos testamentarios, que se amparan en el testamento, que quieren que se los respete, y los abintestato, que pretenden limitar o modificar la voluntad del testador, o las controversias, en general, sobre lo que ha de tenerse como la verdadera intención del testador consignada en su memoria, han de plantearse y resolverse en juicio plenario, ordinario. Que mientras así no sea, ha de estarse a la voz del testamento, en su sentido obvio, o a su texto. Violando de lo contrario directamente, o no aplicando esta disposición sustancial".

Consideraciones de la Sala

1. Al estudiar este cargo, adviértese ante todo un defecto de técnica que por sí solo sería suficiente para desestimar la acusación que en él se contiene. El impugnador, en efecto, salvo en lo atinente a algunas de las varias disposiciones sustanciales que invoca, omite indicar respecto de las demás el concepto por el cual las considera violadas, esto es, si por falta de aplicación o aplicación indebida, colocando a la Sala en la tarea, que no le concierne, de escudriñar cómo las entiende quebrantadas la censura. El ordinal 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil es suficientemente claro en su exigencia de que la demanda de casación indique con precisión ese concepto.

2. Sin embargo, para abundar en razones y entrar en el fondo de la cuestión que en este cargo se plantea, observa la Sala que la situación de la cónyuge sobreviviente, quien optó por gananciales, y la de la hija legítima Saturia, a quien reemplazan sus descendientes por derecho de representación, son jurídicamente diversas y deben ser examinados por separado.

a) La cónyuge.

María Ignacia Bernal no es legitimaria de su cónyuge fallecido, y no deriva su derecho de la sucesión de éste, sino de la sociedad conyugal que entre ambos formaron. A ella, por lo tanto, no se le puede aplicar lo prescrito por el artículo 1274 del Código Civil, ni lo que estatuye el 1276 de la misma obra, como quiera que los dos textos se refieren exclusivamente a "los legitimarios". La viuda que opta por gananciales no está en la necesidad ni tendría el derecho de hacer reformar el testamento, puesto que esta acción está reservada a los asignatarios forzosos. Menos aún cuando el testamento en nada afecte su participación en los bienes sociales, como ocurre con el otorgado por Octaviano Sánchez Contreras. En éste sólo se expresa el ruego al partidor de que la finca "La Esperanza" se adjudique a tres de los asignatarios "en cuanto cupiere en el trabajo de partición", lo que deja a salvo los derechos sociales de la cónyuge.

Ninguna de las disposiciones que gobiernan la reforma del testamento, la preterición de legitimarios, las asignaciones forzosas, el desheredamiento y cualesquiera otras atinentes a los sucesores a título universal, era aplicable a María Ignacia Bernal como cónyuge supérstite que optó por gananciales. En este punto se rectifica la tesis expuesta por el Tribunal como fundamento para rechazar la aplicación del artículo 1274 y sostener la del 1276.

La viuda que opta por recibir sus gananciales puede apersonarse en el proceso de sucesión y hacer valer sus derechos en la sociedad conyugal que tuvo con el de cujus sin necesidad de sentencia previa que le reconozca tales derechos. En consecuencia, la admisión de María Ignacia a este proceso y su inclusión en el acto partitivo de los bienes relictos no fue ilegal por ningún concepto, en vista de la partida de matrimonio que adujo. Otra cosa sería que el partidor le hubiera adjudicado gananciales sin haber ningún bien social; pero a este aspecto no se refiere en absoluto el cargo.

b) La hija legítima representada.

Reza así el artículo 1274 del Código Civil: "Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la ac-

ción de reforma (ellas o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatros años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios...".

Y el artículo 1276 de la misma obra dispone lo siguiente: "El haber sido pasado en silencio un legitimario, deberán entenderse como una institución de heredero en su legítima. Conservará, además, las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado".

Saturia Sánchez Bernal FUE PASADA EN SILENCIO por el testador Octaviano Sánchez Contreras. El testamento no la menciona en ninguna de sus cláusulas. Luego simplemente fue preterida u omitida. Su situación se rige, por lo tanto, con arreglo al artículo 1276.

Distinta sería la conclusión si el testador la hubiera nombrado expresamente en su memoria, pero no le hubiera DEJADO LO QUE POR LEY LE CORRESPONDE. Mas esto, según lo expuesto, no fue lo que ocurrió.

Las situaciones que contemplan los artículos 1274 y 1276 son totalmente diversas. Por el primero se prevé una disposición del testador dictada en desmedro de legitimario que él reconoce, pero a quien no asigna lo que legalmente le corresponde. Por el segundo se regula el caso de que el testador haya incurrido en olvido consistente en no mencionar a alguno de sus legitimarios, sin que esta actitud pueda interpretarse como ánimo deliberado de privarlo en todo o en parte de su asignación.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Cuando el testador pasó en silencio a un legitimario, hay que considerar que quedó tácitamente instituido heredero en su legítima, caso que contempla el Art. 1276 del Código Civil" (Cas., 14 diciembre 1934, XLI bis, 205).

"La simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad durante el juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido, ya que éste lo deriva de la ley y tal alcance tiene el Art. 1276 del Código Civil" (Cas., 8 mayo 1942, LIV, 39; y también 8 junio 1948, LXIV, 489; 27 agosto 1953, LXXVI, 107; 6 octubre 1953, LXXVI, 502; 26 abril 1955, LXXX, 74; 15 marzo 1956, LXXXII, 247).

Peca sí la partición, y por tanto la sentencia que la aprobó, en cuanto integró la asignación de Saturia con parte de la cuarta de mejoras, atribuida en el testamento a otros legitimarios, y de la de libre disposición, dentro de la cual era preciso ubicar lo correspondiente a Leopoldina Martínez por voluntad del testador; pues Saturia solamente tiene derecho a su legítima rigurosa. Mas a este aspecto de la partición no se refiere la impugnación que viene de ser estudiada.

Por este segundo aspecto, el cargo tampoco prospera.

Quinto cargo

Luego de extensa exposición, el impugnador lo resume así:

"Acuso en este cargo la errónea apreciación que se ha hecho, con error de derecho y quebrantamiento de los artículos 632 de la Ley 105 de 1931 (vigente cuando se la aprecio como prueba matrimonial para proferir los autos de reconocimiento, decreto de posesión efectiva y ordenamiento al partidor para que haga la partición contando a la cónyuge e hija legítima) y 251 del Código de Procedimiento Civil (en vigencia cuando se profirieron las sentencias de reconocimiento parcial de objeciones y aprobatoria de la partición rehecha), y quebrantamiento de las Leyes 57 y 153 de 1887 (artículos citados —que son, apunta la Corte, el 22 de la primera y el 70 de la segunda—) y artículos 347, 365, 367 del Código Civil, 381 del mismo Código en lo que... a materia probatoria encierra, y artículos 18 de la Ley 92 de 1938 y 52 de su Decreto Reglamentario —que atrás cita el recurrente como el Nº 1003 de 1939—, del documento expedido por el Párroco de La Mesa, estimándoselo como verdadera y legal partida matrimonial, sin serlo.

"Por cuyo error de derecho se violaron indirectamente el Art. 381 del Código Civil en cuanto consagra derecho sustancial o acción para hacer inscripciones en el registro civil de partidas matrimoniales omitidas; que se lo aplicó sin ser del caso, por no ser tal documento inscrito —en armonía con lo que dispone el Art. 18 de la Ley 92,

disposición vigente para la fecha en que hizo la anotación el Párroco de La Mesa—mediante sentencia de Juez Civil, y en el correspondiente Libro de Matrimonios del Círculo Notarial de La Mesa. El Art. 180 del Código Civil y sus concordantes 1820 y 1821 y 1830 sobre formación y manera de liquidar la sociedad conyugal, que los aplicó sin ser del caso el sentenciador y el partidor, porque no habiendo matrimonio no había sociedad conyugal ni tenía por qué liquidarse. El 1398 del Código Civil, que se aplicó sin ser del caso, al procederse en la partición a distribuir primero gananciales, sin éstos existir, por no haber habido matrimonio y consiguientemente sociedad conyugal. El Art. 1392 del Código Civil, que se aplicó al dar el partidor a la herencia un valor del 50% del avalúo que figura en los inventarios, cuando su valor es del 100%, ya que no existiendo matrimonio ni sociedad conyugal, lo partible era el valor total de todos los bienes inventariados. El artículo 1391 del C. C., que ordena al partidor desempeñar su misión cumpliendo lo que el Código Civil en su Título 10, Libro 3º prescribe, que dejó de aplicárselo en cuanto se aprobó una partición hecha en desacuerdo con lo que el código preceptúa en tal título, ya que aplicándoselo ha debido no aprobarse la partición. El Art. 213 del Código Civil, en cuanto en la partición y su sentencia aprobatoria se tuvieron como hijos legítimos sin serlo a Salomón, Bárbara y Saturia Sánchez Bernal, dado que el documento que se tuvo en el proceso como partida matrimonial por un simple error de derecho, en su valor probatorio, no acredita matrimonio alguno entre los padres de éstos, y así, no podían ser tenidos como hijos legítimos.

"Solicito, como remate de este cargo, que se proceda por la H. Corte a casar la sentencia del H. Tribunal, por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por ser la sentencia y la partición violatorias de las normas sustanciales apuntadas, en la forma explicada; a revocar la del a quo, y en su lugar a declarar probada en su integridad la objeción 'primera', ordenando al partidor consecuencialmente rehacer nuevamente la partición, tal y cual lo manda el testamento, y únicamente entre las personas que el testador, allí, designó como sus herederos".

Consideraciones de la Sala

1. Por este cargo se enfoca, como queda visto, la negativa del Tribunal a declarar probada la PRIMERA de las objeciones formuladas contra el trabajo de partición.

Entre las razones invocadas por el sentenciador de segundo grado para rechazar esta objeción, se encuentra la siguiente: "En segundo término no debe olvidarse que al tenor del artículo 1387 del Código Civil, 'Antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios'. De suerte que de conformidad con esta norma, antes de procederse a la partición, debe quedar plenamente establecido quién es asignatario y cuál es su derecho, como tal... si el apoderado objetante pretendía obtener el desconocimiento de las calidades de esos copartícipes, ha debido ejercitar la acción pertinente ante la justicia ordinaria. Mas como así no lo hizo —no hay prueba en contrario—, era preciso que el partidor tuviera en cuenta la calidad de los copartícipes reconocidos en el proceso para obrar de conformidad".

2. La impugnación que ahora se estudia está estructurada sobre la base de que el matrimonio de Octaviano Sánchez Contreras con María Ignacia Bernal no está legalmente probado en el proceso, razón por la cual ni ésta ni los hijos procreados en ese pretendido matrimonio, podían intervenir en la partición como cónyuge supérstite e hijos legítimos, respectivamente. Pero la censura no ataca en forma alguna la tesis del Tribunal de que estos puntos han debido discutirse y resolverse en proceso ordinario previo y no en objeciones a la partición, como se hizo.

Por lo tanto, ha quedado en firme el soporte principal de la decisión tomada por el fallador ad quem a este respecto, lo que impide en absoluto la prosperidad del cargo. Todo lo que en éste se alega constituye precisamente el objeto del proceso ordinario que el Tribunal echó de menos.

"Ahora bien —ha dicho la Corte—, cuando el fallo traído a casación se remite a varios motivos de eficacia tal que la resolución hubiera podido proferirse con apoyo en uno cualquiera de ellos, sin necesidad del respaldo de los demás, la naturaleza misma del recurso exige, como condición de su viabilidad, que la acusación se realice en cuanto a la totalidad de tales fundamentos, pues uno solo de éstos que deje sin atacar, aunque los demás resulten desvirtuados, impone el mantenimiento del pronunciamiento recurrido" (Cas, XCVIII, 10). Idéntica doctrina se ha sostenido en fallos más recientes, como los de fecha 30 enero 1975 y 27 agosto del mismo año, aún sin publicación oficial.

El cargo no es, por lo tanto, procedente.

Sexto cargo

Contiene éste dos aspectos diferentes que deben ser estudiados y decididos por separados:

a) Por el primero, se impugna nuevamente la sentencia del Tribunal con apoyo en que, al enfocar la PRIMERA objeción, incurrió éste en error de hecho que radica en no haber tenido en cuenta las inspecciones judiciales practicadas a los libros parroquiales, ni el resultado del dictamen pericial, pruebas de las cuales surge que no hubo tal matrimonio entre Octaviano Sánchez y María Ignacia Bernal, ni tal filiación legítima de Salomón, Bárbara y Saturia Sánchez Bernal, dados los hechos que dichos elementos probatorios demostraron en relación con la falta de autenticidad de las correspondientes partidas de estado civil; a consecuencia de lo cual violó el sentenciador indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la 153 del mismo año, así como los artículos 180, 1820, 1821, 1398, 1830, 1392 y 1391 del Código Civil, unos y otros por aplicación indebida.

b) Por el segundo aspecto, la censura estriba en que por la sentencia acusada se rechazó la TERCERA objeción a consecuencia de error de hecho en la apreciación del avalúo pericial de los bienes, consistente en haber entendido que los peritos rechazaron la posibilidad de una partición material de la finca "La Esperanza", como la ordenó el testador, porque el avalúo dado por ellos a los bienes relictos no permitía dividirla, cuando es lo cierto que en el dictamen no se hace tal afirmación; yerro fáctico que llevó al sentenciador a quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1374 y 1375 del Código Civil.

Consideraciones de la Sala

a) En cuanto se refiere al rechazo de la PRIMERA objeción, peca el cargo por idéntico concepto al indicado en el despacho del quinto de la demanda de casación: la impugnación no incluye el quebranto del artículo 1387 del Código Civil, soporte principal de las conclusiones a que llegó el sentenciador en relación con esta objeción, circunstancia por la cual se mantiene en pie lo decidido sobre el particular en el fallo acusado.

b) Por igual motivo tampoco puede prosperar la censura dirigida contra la desestimación de la TERCERA objeción. El recurrente, en efecto, omite señalar como violado, por aplicación indebida, el artículo 1392 del Código Civil, texto legal en que el Tribunal fundó precisamente su rechazo.

Con relación a este punto, se lee en la sentencia de segundo grado: "Y aunque parece que con el aludido experticio se acredita plenamente la objeción de que se viene haciendo mención, o sea la tercera formulada al trabajo de partición, ya que los peritos opinan que los bienes relictos admiten división material, sin embargo, ello no es así, toda vez que el concepto pericial en cuestión no puede aceptarse como prueba de que los bienes relictos admiten en realidad la pretendida división material, por los siguientes motivos: a) Porque el Art. 1392 del Código Civil ordena que 'El valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies, salvo que los consignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra, o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley' ...."

Y más adelante, luego de explicar que el dictamen pericial en que el objetante se apoya no fue el practicado para avaluar los bienes relictos, en el cual interviene perito nombrado por la Nación, sino uno pos-

terior, agrega el Tribunal: "Pero es que aún tomando en consideración el dictamen de los peritos doctores Rojas Carrillo y Esteban Sáchica, se tendría que a él no podría sujetarse el partidor, en cuanto hace con la división material de los bienes, desde luego que no le serviría como pauta exacta y estricta para tal efecto, en primer lugar, porque, como los propios peritos lo dicen, la agrupación de los copartícipes en dos, tres o más bloques para adjudicarla en comunidad una determinada parcela 'es problema del Partidor', en forma que éste es soberano al respecto; en segundo término los posibles lotes de terreno, ciertos y determinados, en que pudiera dividirse materialmente el globo general, para efectos de su adjudicación a los copartícipes, no los indican concretamente los peritos ni los avalúan, justiprecio que, por lo demás, no se podría referir a la época actual, sino a la en que fueron inventariados los bienes relictos".

Como puede verse, la argumentación del sentenciador para rechazar la TERCERA objeción, fue en síntesis la siguiente: 1º El artículo 1392 del Código Civil señala como base para la partición al avalúo de bienes practicado en su debida oportunidad y con intervención de perito de la Nación, motivo por el cual no puede atenderse al dictamen que fue practicado posteriormente; b) Pero aún atendiendo a éste, los propios nuevos peritos remiten al partidor el problema de dividir o no dividir las especies y por ello no se ocupan ellos de tal división ni del avalúo de los lotes que de la misma habrían de resultar.

La parte recurrente omite atacar la premisa de que parte este razonamiento, por lo cual lo resuelto sobre la TERCERA objeción se sostiene.

Por las razones expuestas, este cargo tampoco prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA, la sentencia objeto del recurso extraordinario, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en la actuación ante la Corte, por haberse hecho rectificaciones doctrinales (inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil).

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA

Requisitos

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a resolver el recurso de súplica propuesto por el apoderado de la parte demandante en escrito de 1º del mes en curso contra el proveído del 28 de marzo y mediante el cual se revoca el auto de 28 de febrero que ordenó tramitar el incidente y en su lugar se rechaza de plano.

Antecedentes

A) Por auto de 3 de diciembre del año próximo pasado se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y, por tal virtud, se dispuso el traslado de rigor para que en la debida oportunidad dicha parte formulara la correspondiente demanda de casación.

B) Presentada la demanda el día 12 de febrero del año en curso, la secretaría de la Corte informó que tal hecho ocurrió por fuera del término señalado, motivo por el cual se declaró desierto el recurso extraordinario, según da fe el auto de 14 de febrero.

C) Ante estas circunstancias, el apoderado del recurrente, en escrito presentado el 18 de febrero, alegando haber sufrido graves quebrantos de salud, con fundamento en los artículos 168 y 152 del Código de Procedimiento Civil, solicitó la nulidad de la actuación, por haberse interrumpido los términos.

D) Mediante proveído de 28 de febrero se dispuso dar curso al incidente y, por tanto, se ordenó dar traslado del escrito respectivo a la parte demandada, la cual interpuso el recurso de reposición contra dicho auto, en procura de que se revoque y se rechace de plano el incidente, a lo cual accedió la Corte por auto de 28 de marzo, que es el recurrido en súplica.

Para decidir, se considera

1. En el recurso de súplica, como en los demás recursos, el proponente debe ajustarse tanto a los requisitos de procedibilidad como a su interposición en la debida oportunidad, porque no todas las decisiones son impugnables en súplica ni ésta se puede formular en cualquier tiempo.

2. En lo que toca con la procedencia del recurso de súplica, preceptúa el Art. 363 del Código de Procedimiento Civil que tal forma de impugnación "procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de auto".

Según la norma transcrita, infiérese que la procedibilidad del recurso aludido exige los presupuestos siguientes: a) que el auto atacado sea de aquéllos que por su naturaleza serían apelables de ser dictados por el inferior; b) que sea proferido por el magistrado sustanc'ador; y, c) que se haya dictado en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto.

3. En lo que atañe con el primer presupuesto de la procedibilidad. se tiene que si el proveído no es de aquéllos que pueda ser impugnado mediante el recurso de apelación, en el evento de ser dictado por el inferior, por no haber sido consagrado expresamente por la ley para ese auto, la sú-

plica no procede, pues otros recursos serán los que tiene el inconforme para atacar esa resolución.

4. En lo que toca con el segundo requisito, se observa que la súplica es viable respecto de aquellos autos que haya dictado únicamente el magistrado ponente. A contrario sensu, no se abre paso el recurso cuando el proveído ha sido pronunciado por una sala de decisión o en forma colegiada, ya que esta manera de impugnación va orientada a que sean los magistrados restantes de la Sala que no intervinieron en la resolución atacada quienes deban decidir.

5. Respecto del tercero de los presupuestos del recurso de súplica, se tiene que el auto recurrido debe ser proferido en el curso de la segunda o única instancia, o también, durante el trámite de la apelación de un auto. De suerte que cuando la decisión no ha sido proferida en una de las hipótesis antes mencionadas, el recurso de súplica no tiene la vía expedita.

6. Ahora bien, si el auto que decide un incidente es susceptible del recurso de apelación (Art. 351 del Código de Procedimiento Civil), tal medio de impugnación no lo establece la ley para el proveído que simplemente lo rechaza de plano por su improcedencia. Y, en este punto debe tenerse en cuenta que cuando la ley regula sobre determinada materia todos los casos que puedan presentarse, se está en presencia de un criterio eminentemente limitativo, que en manera alguna faculta la interpretación amplia o analógica. El régimen taxativo está afirmando que la ley tiene una órbita de aplicación restrictiva de la cual no se puede salir bondadosamente el fallador en sus decisiones. Por tal motivo, tiene sentado la doctrina de la Corte que "la aplicación por analogía es de todo punto inadmisible en materia de textos que regulen caso de excepción, porque entonces se busca incluir en la norma excepcional supuestos de hecho claramente situados fuera de su órbita" (Sentencia de 27 de marzo de 1958, Tomo LXXXVII, 507).

7. Como en el caso sub-análisis se recurre en súplica un auto que revoca el que ordena tramitar un incidente y en su lugar dispone rechazarlo por ser improcedente, claramente se deduce de lo expuesto que se trata de un proveído que no es susceptible de ser apelado y, por ende, de ser atacado en súplica. A esto se suma la circunstancia de que como el mencionado auto fue proferido por el magistrado ponente, pero no en trámite de instancia alguna, sino en la sustanciación del recurso extraordinario de casación, tampoco procede la súplica, como se dejó suficientemente explicado.

Viene de lo dicho, que debe rechazarse el recurso propuesto por la parte actora.

En armonía con lo expuesto, la Corte resuelve RECHAZAR el recurso de súplica formulado por la parte demandante contra el auto de 28 de marzo del año en curso, por improcedente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Resolución por incumplimiento

Arras. Caducidad del rectracto. Principio de la simultaneidad. Los perjuicios sufridos por el incumplimiento deben probarse

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 11 de junio de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ CABALLERO frente a ARMANDO GOMEZ ESPAÑA.

I

Antecedentes

1. El 20 de noviembre de 1973, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron ante testigos en la ciudad de Cali, se ajustó entre los citados Francisco Javier Rodríguez Caballero, por una parte, y Armando Gómez España, por la otra, el contrato de promesa de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) el primero se comprometió a vender al segundo, y éste comprar a aquél, el lote de terreno número 1 de la manzana K de la Urbanización "La Merced VII Etapa" de la ciudad dicha, según el "plano de loteo debidamente aprobado por la Oficina de Planeación de Cali", inmueble que tiene una extensión superficiaria aproximada de 250 metros cuadrados, junto con la casa de habitación de dos plantas que está edificada en él y cuyas alinderaciones allí se consignaron;

b) acordaron los contratantes como precio de la compraventa prometida la suma de $ 255.000.00, de los cuales el promitente comprador entregó en esa fecha a su promitente vendedor "en calidad de arras" $ 30.000.00, que éste declaró haber recibido de aquél "a entera satisfacción", comprometiéndose a pagar el saldo así: $ 58.000.00 el 20 de enero de 1974, y los $ 167.000.00 restante "a la fecha del registro de la escritura, con intereses anticipados durante tal plazo, a la tasa del dos por ciento (2%) mensual a partir de la entrega de la casa";

c) obligose el promitente comprador, mediante la cláusula tercera de dicho pacto, a "presentar una solicitud de crédito hipotecario ante cualquier Corporación de Ahorro y Vivienda, llenando todos y cada uno de los requisitos que la Corporación exija por una suma no inferior a la cantidad" de $ 167.000.00; acordando los estipulantes que en caso de que la "Corporación no otorgue al PROMITENTE COMPRADOR un mínimo equivalente al crédito, el presente contrato quedará resuelto y en virtud de ello EL PROMITENTE VENDEDOR reintegrará al PROMITENTE COMPRADOR las arras y demás cuotas pagadas por éste";

d) mediante la cláusula quinta del referido contrato, obligose el promitente vendedor a entregar al promitente comprador el inmueble materia de la negociación el "día 10 de diciembre de 1973";

e) expresamente acordaron los contratantes que en caso de mora en el pago de una cualquiera de las cuotas correspondientes al precio estipulado, el promitente

comprador pagaría al promitente vendedor "un interés del dos por ciento mensual, sobre la totalidad del saldo insoluto mientras dure la mora, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de las acciones legales" que a éste correspondan;

f) por la cláusula octava expresaron los convencionistas que "La cantidad de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00) moneda legal colombiana, que el PROMITENTE COMPRADOR ha entregado en calidad de arras, se regulará como lo ordena el artículo 1859 del Código Civil, es decir, que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras perdiéndolas y la que las ha recibido, restituyéndolas dobladas. Perfeccionado el contrato de compraventa prometido, las arras se imputarán al precio"; y

g) finalmente, al través de la cláusula décima tercera, se expresó que "Los contratantes acuerdan que el PROMITENTE COMPRADOR suscribirá la escritura de transferencia del dominio del bien prometido en venta, el día veinte (20) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974) ante el Notario 4º del Circuito de Cali y que el representante de EL PROMITENTE VENDEDOR lo hará en la misma notaría dentro del tercer día hábil siguiente a aquél en que corresponda firmar a EL PROMITENTE COMPRADOR". Añadieron aquí los contratantes que "El abstenerse de suscribir la escritura pública mencionada, en el día, hora y lugar convenidos, se entenderá como manifestación de retracto por parte del contratante que incurra en tal abstención".

2. Según lo dicen los certificados que al efecto expidió el Notario Cuarto de Cali y que se adujeron a los autos, Armando Gómez España como promitente comprador, "no suscribió la escritura de transferencia del dominio del bien prometido en venta, el día 20 de enero de 1974..., según contrato de PROMESA DE COMPRAVENTA, firmado el día 20 de noviembre de 1973"; tampoco lo hizo Francisco Javier Rodríguez, promitente vendedor, ni persona alguna que obrara en representación suya, "los días 21, 22, 23 y 24 de enero de 1974".

3. El 25 de enero de 1974, según lo evidencia el recibo que en esa fecha se firmó por Danilo Rodríguez, expresamente autorizado por su hermano Francisco Javier para hacerlo, aquél recibió de Armando Gómez España la suma de $ 2.505.00, que indicaron corresponder "a intereses del mes de enero de 1974 sobre $ 167.000.00 —saldo crédito con la Corporación"—.

4. Refiriéndose a la solicitud de crédito que ante la "Corporación de Ahorro y Vivienda —Colpatria" de Cali presentaron en enero de 1974 "Gómez Correa Asociados — Asesorías Contable Ltda., y/o Armando Gómez España", en carta remitida el 25 de febrero del mismo año el gerente de dicha institución crediticia le dice a éste que les fue imposible atenderla, porque "los cupos de crédito disponibles para financiaciones como la solicitada... habían sido copados totalmente".

5. En su misiva de 9 de mayo del mismo año, dirigida por Francisco Javier Rodríguez a Armando Gómez España, aquél le expresa a éste:

a) que la firma de la escritura mediante la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, para lo cual se había señalado el día 20 de enero de 1974, "... no fue posible debido a que su solicitud de crédito no estaba lista";

b) que el pacto de intereses acordado en dicha promesa sobre el saldo del precio, "...no se ha cumplido en razón al acuerdo con mi hermano DANILO de cobrar el 1.5% ya que el tiempo de firma de escritura sería de 60 días máximo";

c) que a todo ello debe agregarse que "las cuotas del crédito de la Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle son superiores a lo que usted amortiza como intereses"; y

d) que "por todo lo anterior y con el ánimo de dar solución inmediata al negocio en referencia, yo le solicitaría, resolviéramos la venta pactada entregándome usted la casa y yo el dinero cancelado por usted hasta la fecha; para así, en forma amigable como hasta ahora se ha tratado el negocio liquidarlo sin perjuicio de las partes".

Le ruega, finalmente, dirigirse a Cuéllar Serrano Gómez y Salazar de Cali Ltda., "y estudiar con mi hermano (Danilo Rodríguez C.) el mecanismo para la entrega de la casa y el dinero".

6. En oficio dirigido por la Corporación de Ahorro y Vivienda del Valle a la sociedad "Gómez Correa Asociados Cía. Ltda."

el 24 de octubre de 1974, la remitente le dice al destinatario que su nueva solicitud de crédito fue aprobada, con estas condiciones: "Garantía: Hipoteca de primer grado y firma solidaria de Armando Gómez E.; Plazo: diez años (10); Amortización: Mensual".

Le expresa, además, que con el fin "de ir preparando la documentación necesaria para la formalización del préstamo, le rogamos la apertura de cuenta de Ahorro".

III

El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 15 de noviembre de 1974 al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, el citado Francisco Javier Rodríguez Caballero demandó al mentado Armando Gómez España a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieren las siguientes declaraciones y condenas:

a) que está resuelto, por incumplimiento del demandado en las obligaciones que para él generó, el contrato de promesa de compraventa acordado por ellos y contenido en documento suscrito en la ciudad de Cali el 20 de noviembre de 1973;

b) que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a perder en favor del demandante la suma de $ 30.000.00, que éste recibió de aquél en el momento de suscribir la promesa "a título de arras";

c) que por razón de declararse resuelto el sobredicho contrato, se condena a Armando Gómez España a restituir a Francisco Javier Rodríguez, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo disponga, el inmueble que fue objeto de dicho pacto, junto con "todas sus anexidades y dependencias"; y

d) que se lo condene así mismo a pagar "el saldo insoluto por concepto de intereses, a la tasa convenida en la promesa", lo mismo que a cancelar las costas procesales, incluyendo en éstas "los honorarios de abogado los cuales se estiman a la tasa del 20% del valor del inmueble a que se refiere la demanda".

2. En apoyo de sus pretensiones el demante invocó, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que pueden sintetizarse así:

a) el promitente comprador está en mora en el cumplimiento de su obligación de pagar el saldo del precio acordado para la compraventa prometida, puesto que por no suscribir él oportunamente la correspondiente escritura pública "no se pudo efectuar el registro, demorando en esta forma el pago del saldo del precio, unilateralmente, sin justa causa y causando los correspondientes perjuicios al promitente vendedor";

b) incumplió igualmente su deber de cancelar las cuotas correspondientes a intereses, pues sólo pagó por dicho concepto las sumas de $ 2.505.00 en diciembre de 1973; y luego, ante los requerimientos de su promitente vendedor, cubrió la suma de $ 3.340.00;

c) no solicitó en ninguna de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda del Valle, como estaba obligado contractualmente, el crédito por la suma de $ 167.000.00; apenas sí aparece que en julio de 1974 el citado Gómez España, no en su propio nombre sino en el de la sociedad "Gómez Correa Asociados & Cía. Ltda.", formuló petición de crédito, que solamente le fue aprobada el 23 de octubre de ese año; y

d) incumplió igualmente el citado Gómez España su obligación, adquirida también por el contrato de promesa acordado, de pagar el impuesto de valorización "que eventualmente pudiere afectar el inmueble y los otros impuestos que tengan relación directa o indirecta con el bien prometido en venta", causados a partir del 20 de noviembre de 1973, es decir, desde la fecha en que se ajustó el contrato de promesa.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones deducidas en ella.

Y después de haber reconocido como ciertos los hechos atinentes a las cláusulas contractuales, negó el incumplimiento que le enrostra el demandante; expresó que como en el pacto no se señaló término para presentar la solicitud de crédito por parte suya, podía hacerlo "en cualquier momento"; que, además, fue el mismo promitente vendedor "quien autorizó a su hermano, el señor Danilo Rodríguez, para que éste adelantara a nombre de Armando Gómez Es-

paña... la presentación y tramitación de un préstamo"; que finalmente hizo la solicitud de crédito para la sociedad "Gómez Correa Asociados Ltda." y para él (el demandado) solidariamente; que el día fijado para el otorgamiento de la escritura pública, es decir el 20 de enero de 1974, no obstante haber caído en domingo según el calendario, "se hizo presente en la Notaría Cuarta de Cali... pero por ser domingo encontró tal oficina cerrada, por ser un día inhábil y por tal razón no pudo firmar y otorgar la mencionada escritura"; y que fue el demandante quien, al contrario, no acudió a la notaría como era su deber.

En esa misma oportunidad el demandado propuso las excepciones que denominó contrato no cumplido; "petición antes de tiempo y de un modo indebido", y "carencia de la pretensión o de la acción en el actor y/o carencia de legitimación activa en la causa".

4. Replicada en tales términos la demanda, 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 19 de junio de 1975, mediante la cual decidió la controversia así: declaró resuelto el contrato por incumplimiento del demandado; condenó a éste a restituir al demandante el predio que fue objeto del contrato resuelto; lo condenó asimismo a pagarle los perjuicios causados y las costas procesales; y, por último, declaró no probadas las excepciones propuestas.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte demandada contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en su fallo de 11 de junio de 1976, confirmó el apelado, adicionándolo con la condena al demandante a devolver al demandado la suma de $ 88.000.00, "recibida por él en calidad de arras y a buena cuenta del precio".

IIII

Motivación del fallo de segundo grado

1. Inicia el **ad quem** las consideraciones de su sentencia afirmando que el contrato de promesa de compraventa, contenido en documento suscrito por los litigantes el 20 de noviembre de 1973, es legalmente válido porque en él concurren todos los presupuestos esenciales; y que, dado su carácter bilateral, dicho pacto queda sometido al régimen jurídico establecido por los artículos 1545 y 1609 del Código Civil.

Apoyado en dichos textos legales, acomete el estudio de la naturaleza jurídica de la acción resolutoria contractual, sus efectos y los requisitos que la estructuran, por corresponder a ella la pretensión que encuentra deducida principalmente en el libelo demandatorio.

2. Refiriéndose a las obligaciones de conseguir un crédito hipotecario por $ 167.000.00 y a la de pagar el saldo del precio, que según la demanda fueron incumplidas por el promitente comprador, dice el Tribunal, después de transcribir la cláusula correspondiente, que para ellas "se convino un plazo indeterminado" y que por tanto, mientras no se requiera al deudor para su cumplimiento, no se estructura la **mora debitoris** y por lo mismo la acción resolutoria resulta improcedente.

Expresa la sentencia, en efecto, que "para que el pacto comisorio simple relacionado con el incumplimiento del promitente comprador en conseguir el crédito en cualquier Corporación de Ahorro y Vivienda (en caso de que la Corporación no otorgue al promitente comprador un mínimo equivalente al crédito, el presente contrato quedará resuelto...), pudiera producir el efecto de resolver el contrato de promesa de venta, era indispensable la constitución en mora del obligado, al tenor del artículo 1608 del Código Civil, pues, como se vio, no se estipuló un plazo determinado para el cumplimiento de esa obligación y además teniendo presente que tratándose de otros contratos que el de compraventa, para que opere el pacto comisorio simple no hay plazo legal intermedio, ni necesidad de requerimiento expreso, opera por la constitución en mora".

3. Continuando en el análisis del contrato, afirma el sentenciador **ad quem** que para la obligación de suscribir la escritura pública para perfeccionar la compraventa

prometida sí se fijó, en cambio, un día cierto y determinado: el 20 de enero de 1974, en cuanto se refiere al promitente comprador, obligación que estima ciertamente incumplida por el demandado.

Para desestimar la razón esgrimida por éste en el punto, expresa el Tribunal: "En primer término se tiene que no se comprobó en forma alguna la concurrencia a la Notaría expresada por el apoderado del promitente comprador que es una mera afirmación sin respaldo alguno, además la disculpa de que el día 20 de enero de 1974 fue un día feriado es irrelevante, pues, es sabido que de conformidad con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal si el día o el último día de un plazo fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil, disposición de carácter general aplicable al caso".

De lo cual concluye que "la circunstancia de no haber firmado el promitente comprador la escritura de compraventa en la fecha determinada en el contrato de promesa implica la mora en el cumplimiento de esta obligación contractual, al tenor del numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil", y por lo mismo la procedencia de la acción resolutoria ejercitada ya que, añade, el promitente vendedor cumplió con el deber que adquirió de entregar el inmueble prometido en venta.

4. En lo atinente a la obligación adquirida por el demandante de suscribir la escritura pública, "dentro del tercer día hábil siguiente a aquél en que corresponde firmar a el PROMITENTE COMPRADOR", cree el Tribunal que dicho deber, por estar sometido a una condición que no se cumplió, no llegó a tener vida jurídica.

Luego de transcribir la correspondiente cláusula contractual, asevera el juzgador de segundo grado que "con relación a la firma del contrato de compraventa por el promitente vendedor es indudable que la obligación del señor Francisco Javier Rodríguez no nacía sino al consumarse el hecho de la firma del contrato por parte del promitente comprador señor Armando Gómez España, en la fecha convenida del 20 de enero de 1974, lo que vale decir que el derecho correlativo que le asiste al señor Gómez España a la excepción non adimpleti contractus del artículo 1609 del Código Civil no tenía existencia sino en cuanto éste cumpliera el compromiso que contrajo de firmar primero la escritura de compraventa a la fecha estipulada".

5. Deducida pues por él la prosperidad de la pretensión resolutoria, entra el Tribunal a regular las prestaciones mutuas consiguientes.

Al punto expresa que debe imponerse al demandado "la condena de perjuicios in genere, aunque éstos no hubieran sido pedidos expresamente en la demanda", por ser una consecuencia de la resolución; y, además, la obligación de restituir el inmueble recibido por él en virtud del contrato de promesa.

Dice, de otra parte, que "con relación a los $ 30.000.00 entregados por el promitente comprador en calidad de arras, éstas fueron consideradas por el a quo en la sentencia con el carácter de simplemente confirmatorias y en consecuencia negó la petición de la demanda de que se condenara al demandado a perder en favor del actor dicha suma y esa negativa fue aceptada implícitamente por la parte actora al no haber apelado de la sentencia".

Considera la sentencia, por último, que por ser también decisión consecuencial a la resolutoria, debe condenarse el promitente vendedor a devolver al promitente comprador las sumas de dinero recibidas en calidad de arras y a buena cuenta del precio, todo lo cual asciende a $ 58.000.00, y en este sentido el ad quem adiciona el fallo de primer grado.

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva el recurrente formula contra dicho fallo cinco cargos: los tres primeros y el último, dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el cuarto con apoyo en la segunda.

Por cuanto en el evento de que se concluyera, como lo asevera el censor en los cargos 2º y 3º de su demanda, que la acción resolutoria contractual aquí deducida

es absolutamente impertinente por haberse estipulado en el contrato las arras de retractación y no las confirmatorias, resultaría innecesario entrar a analizar las censuras atinentes a la enervación de la pretensión resolutoria dicha, por virtud de la excepción de contrato no cumplido, como lo sostiene en el cargo primero, y por ende las referentes a la condenación de perjuicios, a que se contraen los dos restantes, la Corte, siguiendo el orden lógico que ellos imponen, estudia en primer lugar aquellos cargos y luego, en el supuesto de su improsperidad, analizaría los siguientes.

Cargo segundo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 357 del Código de Procedimiento Civil, 1859, 1802 y 1603 del Código Civil; y los textos 1546 1613 a 1615 y 1861 de esta última codificación, por aplicación indebida, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el ad quem en la apreciación del contrato de promesa de compraventa, contenido en el documento suscrito el 20 de noviembre de 1973.

2. Después de observar que el Tribunal se abstuvo de revisar la decisión del a quo "en el sentido de trocar la pérdida de las arras por indemnización genérica de perjuicios", arguyendo que la parte demandante "se conformó con ella al no apelar", recuerda el censor que como quien se alzó contra la sentencia de primer grado fue el demandado, su recurso tenía que entenderse interpuesto "en todo lo desfavorable para él", como lo estatuye el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

Continuando en el desarrollo de la impugnación, asevera el recurrente que cuando, ora en una compraventa civil, o ya en una promesa de dicho contrato, se pactan "arras ordinarias, la no ejecución del contrato por una de las partes no puede ser calificada de incumplimiento, sino de ejercicio de un derecho legítimo, prevenido legalmente y establecido contractualmente: el de retractación, que, como es natural, autoriza a la otra para retener lo recibido a aquel título o para pedir la devolución de lo dado y otro tanto, según de quien venga el desistimiento"; y que por eso mismo no es aceptable entonces la pretensión resolutoria por incumplimiento, dado que ese supuesto está excluido de plano; tan sólo procede la declaración de pérdida de las arras o la condena restitutoria y el pago de otro tanto.

3. Concretando el yerro de facto que denuncia, el censor, después de transcribir las pertinentes cláusulas del contrato y de recordar que el ad quem calificó las arras pactadas de "simplemente confirmatorias", expresa que para así afirmarlo éste no tuvo en cuenta que los contratantes "dijeron sin ambigüedad alguna, expresamente, que las arras estipuladas eran las ordinarias, sometidas al régimen del artículo 1859 Código Civil y no las arras parte del precio o las dadas en señal de quedar convenidos, reguladas por el Art. 1861...".

Rematando la formulación de esta censura, dice el impugnador que el yerro indicado llevó al sentenciador "a una conclusión contraevidente y, de mano de ella, a dejar de aplicar los Arts. 1602 y 1603 Código Civil, relativos a los efectos finales del contrato, y a pronunciar una resolución contractual con indemnización de perjuicios, en quebranto de los Arts. 1546, 1613 a 1615 y 1861, por aplicación indebida, y del Art. 1859 Código Civil, por falta de aplicación".

Cargo tercero

1. Con éste se acusa el fallo de segundo grado de ser directamente violatorio, por interpretación errónea, de los artículos 1859 y 1861 del Código Civil, y, "consecuencialmente, de los Arts. 1546 y 1613 a 1615, ibídem, por aplicación indebida, y de los Arts. 1602 y 1603 Código Civil, por falta de aplicación".

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, después de recordar el contenido de las clásulas contractuales referentes al pacto de arras, asevera que el sentenciador convirtió las ordinarias o de destrate convenidas por las partes en confirmatorias, "simplemente porque las partes dijeron que en el caso de que se llegare a perfeccionar el contrato, y sólo entonces, ese dinero se imputaría al precio".

Añade el impugnante que ese proceder, enjuiciado en el cargo anterior como el fruto de un desconocimiento de la realidad fáctica del contrato, "en este cargo lo contemplo como producto de un error de similar magnitud en la interpretación" de los artículos 1859 y 1861, que gobiernan, "en su orden, las arras ordinarias o de destrate, 'y las arras parte del precio' y 'señal de haber quedado convenidos' ".

Dice la censura que para demostrar el yerro jurídico que denuncia, le "basta destacar la circunstancia de que la consideración eventual de la ejecución del contrato prometido para indicar que en esa hipótesis y sólo en ella, lo que sirvió de arras destrate, no habiéndose ejercido el derecho de retracto, en lugar de ser devuelto por quien las recibió, pueda ser tomado por él para que sobre ese dinero se complete el precio, no puede ser considerada como una estipulación de un tipo de arras diferente y contrario a aquél que deliberada y expresamente dispusieron las partes". Agrega que con la interpretación "que el juzgador le da a los preceptos en cuestión para un caso como el aquí propuesto, jamás habría arras ordinarias. Ese entendimiento llevaría consigo la ablación del Art. 1859 y de las arras destrate, y un ensanche inadmisible del Art. 1861, que así abarcaría cuanto pacto de arras se celebrara".

Consideraciones

1ª) Como lo tiene averiguado la doctrina, el pacto de arras corresponde a una figura jurídica cuyo origen se sitúa en el derecho romano. En este sistema positivo, inicialmente, se designaba con la palabra arras aquella cantidad de dinero que una de las partes contratantes entregaba a la otra luego de cerrada la convención jurídica: entonces servían las arras como instrumento para el perfeccionamiento de un contrato, como elemento de su confirmación o como medio de prueba de su celebración.

La anterior concepción de las arras fue posteriormente ampliada, puesto que en la época del Emperador Justiniano ellas, conservando su finalidad primigenia, adquirieron también la de constituir un medio de retractación del contrato. Y así, dadas las arras como garantía de la celebración o ejecución del pacto, podían las partes, durante el tiempo de vigencia de aquéllas, desistir del contrato, perdiéndolas quien las había dado o restituyéndolas dobladas quien las había recibido, según que fuera aquél o éste el que se arrepintiera de ejecutar el compromiso.

2ª) Este doble objetivo apuntado también se le atribuyó inicialmente a las arras en el derecho español. En efecto, en las Siete Partidas, Ley 7ª, Título 5º de la Partida V, las arras adquirieron el anotado carácter dualista: en unos casos, las arras eran prueba de la celebración del contrato, sirviendo así de medio para perfeccionarlo; en otros, correspondían a la garantía de su celebración, con facultad a los contratantes para retractarse del negocio, perdiéndolas quien las había entregado, o restituyéndolas dobladas quien las había recibido.

3ª) Acogidas por don Andrés Bello la concepción romanista de las arras, éstas fueron consagradas en el Código Civil Chileno de 1855 con esa doble significación: o como simplemente confirmatorias del contrato; o como facultad de retractación o de desistimiento del compromiso atribuida a los contratantes.

Atribuyose a las arras este segundo carácter en el artículo 1803 de dicha codificación, —exactamente igual al 1859 del Código Civil Colombiano, al estatuir que "Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas". Y asignóselas el primeros de los dos caracteres indicados, en el artículo 1805, —idéntico por su contenido al 1861 del Código nuestro, al preceptuar que "Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1801, inciso 2º. No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes".

4ª) Mediante sus artículos 1859 y 1861, el Código Civil Colombiano consagró las dos clases de arras que adoptó el derecho jus-

tiniano, reglamentadas también en las Siete Partidas y acogidas luego por don Andrés Bello; es decir, las que la doctrina jurisprudencial ha llamado "penitenciales o de retractación"; y "simplemente confirmatorias".

La primera de estas dos disposiciones dice, en efecto, que "si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas". Y añade el segundo de dichos dos preceptos que "Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1857, inciso 2º. No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse, según los dos artículos precedentes".

5ª) Las arras de retractación o desistimiento, reglamentadas por los artículos 1859 y 1860 del Código Civil, corresponden pues a aquéllas en que la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes contratantes un medio de desistir del contrato mediante pena: quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas; quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante, cuando la pena consiste en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de ésta en dinero (Casación Civil de 6 de junio de 1955, G. J. t. LXXX, 413 a 415).

Efecto propio de las arras penitenciales es, pues, el de autorizar a cada una de las partes el desistimiento del contrato, dentro del plazo estipulado o, a falta de éste, dentro de los dos meses siguientes a la convención. La facultad de retractación, en tal caso, no es para detener la ejecución del contrato sino para deshacerlo retroactivamente por voluntad unilateral; el contratante que la ejerce no se sustrae a las obligaciones por él contraídas, sino que simplemente usa un derecho que se le ha concedido, sometiéndose al pago estipulado para la retractación, que viene a ser el precio del derecho de su arrepentimiento.

Lo cual significa que los otorgantes, relativamente al contrato, se reservan la facultad de deshacerlo unilateralmente sin necesidad de acudir al Organo Jurisdiccional del Estado, pues que en tal supuesto el convenio queda deshecho extraprocesalmente y como obvia consecuencia del ejercicio de la facultad legítima de retracto por parte de uno de los contratantes. Por lo mismo, la no ejecución del pacto por el contratante que se retracta no puede ser calificada de incumplimiento y por ende resulta también improcedente la pretensión de cumplimiento que, alternativamente con la resolutoria, consagra el artículo 1546 del Código Civil Colombiano.

Y si en presencia de un pacto de arras de retractación las partes ejecutan el contrato, entonces las arras pierden su finalidad: en tal hipótesis lo que sirvió de arras destrate, no habiéndose ejercido el derecho de retracto, en lugar de ser devuelto por quien las recibió, puede ser tomado por él para que sobre ese dinero se complete el precio.

6ª) Las llamadas "arras confirmatorias", reglamentadas por el artículo 1861 del Código Civil Colombiano, corresponden a la prenda que se entrega por un contratante al otro como signo ostensible o prueba de la celebración del contrato y garantía de su ejecución. Como en esta eventualidad las partes quieren que el negocio jurídico se ejecute, dan las arras "como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes" y, por consiguiente, sin que puedan retractarse o arrepentirse del compromiso.

Si habiéndose estipulado arras "simplemente confirmatorias" el contrato se realiza, procede entonces su restitución por quien las recibió a quien las dio, o imputarse a buena cuenta del precio; y si el contrato no se ejecuta, entonces sí la parte que cumplió o se allanó a cumplir con las obligaciones que para ella generó la convención, puede acudir al Organo Jurisdiccional del Poder Público en demanda del cumplimiento o de la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

7ª) La clasificación dualista de las arras, que es la que surge de las normas pertinentes del Código Civil, fue sin embargo

adicionada por la Corte Suprema en su sentencia de 6 de junio de 1955, con una especie más, que asimilándola a la cláusula penal y atribuyéndole un concepto híbrido, la jurisprudencia ha llamado "arras confirmatorias penales", con relación a las cuales observó entonces la Corporación que "aunque ellas no están reglamentadas expresamente en las disposiciones sobre compraventa, pueden existir como modalidad de este contrato o de una promesa, con sujeción a las normas pertinentes sobre obligaciones con cláusula penal de que trata el Título XII del Libro 4º del Código Civil" (LXXX, 414 y 415).

En dicha sentencia dijo la Corte que las "arras confirmatorias penales" son las "dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación anticipada de los perjuicios (Arrha confirmatoria), en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal, de la que sólo se diferencia en cuanto ésta no es como aquella prestación real y antelada". Y agregó que en esta especie las arras "son a la vez señal de quedar convenidos los contratantes y garantía para el resarcimiento de los perjuicios en caso de incumplimiento. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual. La parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, o apropiarse de las arras, caso de haberlas recibido, o exigirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado. La parte que dejó de cumplir el contrato no puede, como en las arras penitenciales, imponer a la otra uno u otro extremo".

8ª) Como ya está dicho, según lo dispone el artículo 1861 del Código Civil Colombiano en su primera parte, las arras pueden darse "como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes", evento en el cual no confieren a las partes derecho de retracto; y a términos del inciso segundo de esa misma disposición, cuando no consta "alguna de estas expresiones por escrito" debe presumirse de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse o arrepentirse del compromiso.

Lo cual significa que si al ajustar el contrato las partes no hacen constar expresamente en él que las arras se dan como parte del precio, o como señal de quedar convenidas, tiene que entenderse que fue su intención concederse la facultad de desistimiento de ese contrato; o, expresando la idea en forma tautológica, que en presencia de un pacto que se limita a estipular las arras, como dándolas el comprador al vendedor, sin hacer otra advertencia, la cuestión debe resolverse en el sentido de que hay lugar a la facultad de retractación.

9ª) Ocurre, empero, como justamente acontece en el presente caso, que al estipular las arras por ellos convenidas en el contrato, muy frecuentemente los contratantes suelen calificarlas como "parte del precio" pero a la vez, en la misma cláusula o en cláusulas posteriores, aluden expresamente, en la idea de entenderla acordada por ellos, a la facultad de retractación.

Correspóndele entonces al juez, en tal supuesto, interpretar el contrato para descubrir la verdadera y real intención de los contratantes; y hallada ésta, estar a ella como norma suprema orientadora de la cabal ejecución de las obligaciones que del contrato emergen, según la regla de hermenéutica plasmada en el artículo 1618 del código citado.

Y así, guiado el fallador por las luces de tal interpretación, aplicada a todas las estipulaciones como integrantes que son de la unidad del contrato, puede advertir y entender que una suma determinada de dinero entregada por un contratante al otro con la denominación de arras corresponde al concepto de retracto, si encuentra que ciertamente éstos quisieron concederse la recíproca facultad de arrepentirse del compromiso; o como arras simplemente confirmatorias, cuando no descubre en el conjunto de las cláusulas contractuales la apuntada intención, sino solamente el propósito de pagar con las arras una parte del precio convenido por las partes.

10ª) Aplicando los anteriores principios doctrinarios y jurisprudenciales al caso aquí litigado, resulta indiscutible que las convenidas por las partes en la promesa de contrato de 28 de noviembre de 1973, son o pertenecen a las llamadas "arras de retractación", para todos los efectos del citado contrato de promesa, que es el que ha dado origen al presente litigio, y pertenecen a las denominadas "arras confirmatorias"

para todos los efectos del contrato de compraventa que jamás se celebró.

En efecto. Si bien es cierto que al determinar la forma de pago del precio convenido para la compraventa prometida, mediante la cláusula tercera expresaron los contratantes que el promitente comprador entregó a su promitente vendedor $ 30.000.00, "en calidad de arras", expresión esta que considerada aisladamente desvirtuaría la conclusión a que aquí ha llegado la Corte, no lo es menos que más adelante, en la cláusula octava del contrato, aclararon que "La cantidad de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00) moneda legal colombiana, que el PROMITENTE COMPRADOR ha entregado en calidad de arras, se regulará como lo ordena el artículo 1859 del Código Civil, es decir, que cada uno de los contratantes podrá retractarse: el que ha dado las arras perdiéndolas y el que les ha recibido, restituyéndolas dobladas"; y agregaron que "Perfeccionado el contrato de compraventa, las arras se imputarán al precio", con lo cual resulta que la verdadera voluntad de las partes, expresada por ellas en el contrato sin ambigüedad alguna, fue convenir para la promesa las arras de retractación, sometidas al régimen jurídico del artículo 1856 del Código Civil, y no las arras parte del precio o las dadas en señal de quedar convenidas, reguladas por el artículo 1861 ejusdem.

Pero no es solamente la cláusula 8ª la que autoriza a la Corte para llegar a la conclusión a que ha llegado; hay además otras estipulaciones que contribuyen a reforzar tal aserción, o sea, que al convenir las arras los contratantes se reservaron la facultad de retractación. Así, en la misma cláusula tercera, expresaron los contratantes que si la Corporación de Ahorro no otorgaba al promitente comprador un crédito por valor no inferior a $ 167.000.00, el "presente contrato quedará resuelto y en virtud de ello el PROMITENTE VENDEDOR reintegrará al PROMITENTE COMPRADOR las arras y demás cuotas pagadas por éste..."; y en la cláusula 13ª, después de haber señalado la fecha para perfeccionar la compraventa prometida, expresaron que "El abstenerse de suscribir la escritura pública mencionada, en el día, hora y lugar convenidos, se entenderá como manifestación de retracto por parte del contratante que incurra en tal abstención".

Consecuente con los razonamientos que preceden, la Sala tiene que decir que el Tribunal de Cali, en la sentencia que aquí se impugna, incurrió en el doble error que la censura la endilga: de un lado, en estimar como simplemente confirmatorias las arras que, según el contrato, las partes convinieron como facultad de retractación; y de otro, en atribuirles ese calificativo sin considerar que, si bien los contratantes hablaron de parte de precio, lo hicieron únicamente para la eventualidad de que el contrato prometido se celebrara, caso en el cual, como es apenas obvio pensarlo, lo que sirvió de arras destrate, no habiéndose ejercido el derecho de retracto, en lugar de ser devuelto por quien lo recibió podía ser tomado por él para que sobre ese dinero se completara el precio total de la compraventa.

11ª) No obstante lo anterior, dada su intrascendencia los apuntados errores no dan base suficiente para quebrar la sentencia combatida en casación, desde luego que, por las razones que adelante se consignan, no puede decirse inequívocamente que la decisión resolutoria contenida en dicho fallo sea contraria a la que realmente corresponde en derecho. **Si la facultad de retracto, por ocurrencia de una o algunas de las causas indicadas por la ley al efecto, ha caducado, no es dable afirmar entonces que sea impertinente la demanda judicial del contratante cumplido para que el contrato se cumpla cabalmente, o para que se declare su resolución.**

Está ya sabido, en efecto, que la facultad de retractación que corre pareja con el pacto de arras destrate no se confiere generalmente sino por un tiempo muy corto, puesto que tal facultad no puede permanecer indefinidamente, pues esto resultaría claramente contrario al orden jurídico y a la certeza que deben tener las relaciones de los asociados. El derecho de retracto fenece o se extingue, "no habrá lugar a la retractación" dice el artículo 1860 del Código Civil Colombiano, cuando la facultad no se ejercita oportunamente.

De acuerdo con esta norma legal, para que el desistimiento contractual en que se traduce el pacto de arras de retractación

sea eficaz, es preciso que se manifieste dentro del término convencional, o sea el que acuerden expresamente las partes, o dentro de los dos meses siguientes a la convención, y en todo caso antes de otorgada la escritura pública de venta o de principiada la entrega. Lo cual resulta apenas obvio porque si la facultad no se ejercita en su debido tiempo, o si el contrato se cumple en todo o en parte, esa omisión y este acto significan que hay, por parte del titular del derecho, una renuncia tácita de la facultad de desistir.

12ª) A más de que ninguno de los contratantes manifestó al otro, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la promesa de compraventa, o sea el 20 de noviembre de 1973, su voluntad de resolver el contrato con apoyo en la facultad de retractación que recíprocamente se confirieron, lo que de por sí basta para entender que el derecho caducó, es lo cierto que el promitente vendedor entregó anticipadamente la cosa por él prometida en venta y que el promitente comprador, sin embargo de no haber otorgado la escritura en la fecha acordada, pagó a aquél otro contado del precio y los intereses causados por la mora en el cumplimiento de este deber.

Todo lo cual significa que ambos contratantes, no sólo antes sino aún después de vencidos los términos que mutuamente se dieron para perfeccionar la compraventa prometida, perseveraron en su ánimo de ejecutar la promesa, en clara actitud incompatible con toda idea de retractación de lo convenido en ocasión pretérita. Habiendo pues renunciado implícitamente el promitente comprador aquí demandado al ejercicio del derecho de retracto que inicialmente adquirió, no puede ahora decir que se sustrae a las obligaciones contraídas por permitírselo una facultad legítima, que si bien es cierto que inicialmente nació, se halla hoy legalmente caducada o extinguida.

Por lo dicho, los dos cargos que se consideran resultan infundados.

Cargo primero

1. Por éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 1609 del Código Civil; y los textos 1546, 1613 a 1615 ejusdem, por aplicación indebida, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el fallador en la apreciación del contrato de promesa de compraventa de 20 de noviembre de 1973, de los "documentos emanados del demandante y de la confesión de las partes".

2. En el inicio de la sustentación de esta censura, el impugnador afirma que el Tribunal negó la excepción de contrato no cumplido porque consideró que la obligación del promitente vendedor, relativa al otorgamiento de la escritura, se subordinó al cumplimiento previo de la suya por parte del promitente comprador; pero que esta conclusión es equivocada porque lo que el contenido contractual expresa, "no es un condicionamiento, sino la ubicación cronológica precisa de los dos deberes, con una sucesión entre sí, pero sin condicionalidad alguna".

Y luego de recordar que lo cierto es que ninguno de los dos contratantes suscribió la escritura por la cual habría de celebrarse el contrato prometido, en la oportunidad respectiva acordada al efecto, pasa la censura a concretar las obligaciones que para cada uno de ellos surgieron de la promesa y a determinar el desarrollo de ésta. Dice, al punto, que Gómez España, como promitente comprador, debía pagar $ 58.000.00 el 20 de enero de 1974, o sea el mismo día fijado para su firma de la escritura, deber este que efectivamente cumplió como el demandante la acepta en el interrogatorio por él absuelto en febrero de 1975; que es también "evidente" que entre los contratantes surgió "una dificultad para la ejecución oportuna de la promesa, debido a que sobre el inmueble pesaba una hipoteca para garantía de obligación contraída por Rodríguez en UPACS, que la corrección monetaria llevaba a un valor superior al saldo del precio pendiente".

3. Continuando en el desarrollo de este cargo, asevera el recurrente que "Es de toda certeza el hecho de que ambos contratantes perseveraron en su ánimo de ejecutar la promesa, luego de vencidos los términos que mutuamente se habían dado para ello; no sólo Gómez pagó y Rodríguez recibió el contado de $ 58.000.00, sino que el primero cubrió los intereses del saldo de

$ 167.000.00, con reajuste posterior de consuno, dentro de un entendimiento pleno, al punto de que Rodríguez, en carta dirigida a Gómez el 9 de mayo de 1974, partiendo del supuesto de la imposibilidad de suscripción de la escritura en su día, propone deshacer el trato con restitución mutua de las prestaciones satisfechas".

Asentado por él el anterior postulado, cree el censor, y en ello cifra el yerro de facto que le endilga al Tribunal, que la conducta concluyente, inequívoca, de las partes con posterioridad a la llegada del día para suscribir la escritura sin que se hubiera hecho tal diligencia, autorizan sacar conclusión distinta a la que dedujo el sentenciador; que el documento de promesa, el recibo de 25 de enero de 1974, la confesión de las partes, la carta dirigida por Rodríguez a Gómez el 9 de mayo siguiente, "en sí tomadas en conjunto, dentro de su secuencia cronológica y lógica, fuerzan la conclusión de que no hubo incumplimiento alguno de parte del demandado y, cuando menos de que así se hubiera presentado esa circunstancia, del lado del demandante no se dio cumplimiento o allanamiento a cumplir con lo de cargo".

Amparado en el acervo probatorio que considera erróneamente apreciado en la sentencia, asevera el censor que tales pruebas indican que las partes, "por conducta concluyente, pospusieron la oportunidad para la celebración de la compraventa prometida, indefinidamente, sin señalar un plazo determinado, en actitud incompatible con toda idea de retractación o de mora respecto de lo estipulado antaño".

Consideraciones

1ª) La convención jurídica tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones de ambas partes en los pactos bilaterales, y de una en los unilaterales.

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

Se encuentra aquí el fundamento racional del principio de la normatividad de los actos jurídicos, que, como tributo a la autonomía de la voluntad, consagró el legislador colombiano mediante el artículo 1602 del Código Civil al estatuir: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

2ª) Como insistentemente lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia, la parte que no ha cumplido las obligaciones que para ella surgen de un contrato bilateral queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción **non adimpleti contractus** del artículo 1609 **ejusdem**.

De ahí que, analizando el alcance de estas dos disposiciones legales, haya sostenido la Corte que la acción resolutoria requiere, para su viabilidad y procedencia, de las siguientes tres condiciones esenciales: existencia de un contrato bilateral válido; incumplimiento del demandado, total o parcial, de las obligaciones que para él generó el pacto, porque en eso consiste la realización de la condición tácita; y que el demandante, por su parte, haya cumplido los deberes que le impone la convención, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlos en la foma y tiempo estipulados.

Por cuanto es solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, a quien corresponde la acción resolutoria del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, debe seguirse que dicha pretensión queda enervada cuando el demandado demuestra que su demandante se halla en mora de cumplir con los deberes suyos, o sea, cuando acredita los supuestos de hecho que estructuran la **exceptio non adimpleti contractus** que consagra el artículo 1609 de la misma obra.

3ª) Consistiendo la mora del deudor en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por él debida, en tratándose de obligaciones a plazo sólo se estructura, gene-

ralmente según lo preceptuado por el artículo 1608 ibídem, cuando dentro del término estipulado no ha cumplido la obligación, puesto que únicamente cuando éste haya vencido nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento.

La obligación se denomina de cumplimiento inmediato, cuando el pago de la prestación es exigible desde el instante del nacimiento de aquélla. Y si bien es esta la regla general, nada impide que las partes puedan convenir en que el pago no sea exigible sino luego de cierto plazo: su acuerdo en tal sentido, que en nada es contrario al orden público y a las buenas costumbres, constituye para ellas verdadera ley, la que debe regir sus relaciones con preferencia a las normas positivas de carácter general.

Ha sostenido la doctrina jurisprudencial que "la dinámica contractual en la promesa de compraventa, como en todos los negocios bilaterales, está regida por el principio de la simultaneidad: deben cumplirse al mismo tiempo las obligaciones recíprocas de las partes, a menos que en casos especiales la ley, el acuerdo de voluntades o la naturaleza misma de la cosa conforme a la equidad, prescriba el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones de los contratantes" (LXXXIII, 81).

En el terreno de lo que las partes deben contemplar al concertar un pacto, el contrato es justamente el resumen de todas sus previsiones; por eso está elevado a la categoría de ley entre ellas, y como es el trasunto de su voluntad debe ejecutarse de buena fe. De ahí que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguno de los contratantes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, sino que deben ambos atenerse a él.

4ª) En el caso de este proceso los contratantes, al suscribir el 20 de noviembre de 1973 la promesa de compraventa por ellos ajustada, acordaron las obligaciones suyas y determinaron también el orden que estimaron necesario para ser satisfechas.

Según este acuerdo voluntario, el promitente vendedor adquirió las siguientes dos obligaciones: a) entregar a su promitente comprador el inmueble materia del pacto el 10 de diciembre de 1973; y b) suscribir la escritura para perfeccionar la compraventa prometida, en la notaría 4ª de Cali, "dentro del tercer día hábil siguiente a aquél en que corresponde firmar a EL PROMITENTE COMPRADOR". La primera de estas dos obligaciones fue cabalmente cumplida por su deudor en la fecha señalada, como se infiere del acervo probatorio practicado.

El promitente comprador, por su parte, contrajo los siguientes dos deberes: a) pagar el precio convenido así: $ 30.000.00 que entregó en la fecha de la promesa; $ 58.000 el 20 de enero del año siguiente y los $ 167.000.00 restantes "a la fecha del registro de la escritura"; y b) otorgar la escritura pública para perfeccionar la compraventa prometida el mismo 20 de enero de 1974, en la Notaría 4ª de Cali. Y si bien es cierto que oportunamente cumplió con la obligación que debía ejecutar con antelación a la fecha últimamente citada, también lo es que, como fluye de todos los medios de prueba y lo reconoce el propio demandado, no compareció a la Notaría 4ª de Cali en la fecha acordada, ni el día subsiguiente como le correspondía por cuanto el anterior fue inhábil, a suscribir la escritura de compraventa. Esta omisión suya lo colocó en mora, según lo establece el ordinal 1º del artículo 1608, y lo expuso, por ende, a soportar la acción alternativa a que se viene haciendo alusión.

5ª) Estimó el Tribunal, y es esta la razón que da para rechazar la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado, que el deber del promitente vendedor de suscribir la escritura, según lo convenido en la promesa, estaba condicionado al "hecho de la firma del contrato por parte del promitente comprador"; y que como éste no lo hizo la obligación de aquél no había nacido. Cree el censor que tal conclusión es equivocada, y en ello funda el error de hecho que denuncia, puesto que, asevera, lo que tal estipulación expresa "no es un condicionamiento, sino la ubicación cronológica precisa de los dos deberes, con una sucesión entre sí, pero sin condicionalidad alguna".

La referida cláusula 13ª del contrato de promesa de 20 de noviembre de 1973, atinente al otorgamiento de la escritura mediante la cual se perfeccionaría la compraventa prometida, es del siguiente tenor: "Los contratantes acuerdan que EL PRO-

MITENTE COMPRADOR suscribirá la escritura de transferencia del dominio del bien prometido en venta, el día veinte (20) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974) ante el Notario Cuarto (4º) del Circuito de Cali y que el representante de EL PROMITENTE VENDEDOR lo hará en la misma notaría dentro del tercer día hábil siguiente a aquél en que corresponda firmar a EL PROMITENTE COMPRADOR".

Palmar es, pues, que fue el propósito de los contratantes que la suscripción de la escritura correspondiente se hiciera en fechas diferentes y en este orden: primero el promitente comprador, el 20 de enero de 1974; y luego el promitente vendedor, dentro de los tres días siguientes a la citada fecha. Y siendo ello así, como en realidad lo es, no puede afirmarse que sea arbitraria la interpretación del **ad quem**, pues en ella el sentenciador respetó "la ubicación cronológica precisa de los dos deberes".

6ª) Tanto el certificado expedido por el Notario 4º de Cali, como el recibo de 25 de enero de 1974 suscrito por el apoderado del demandante, como la carta dirigida por el promitente vendedor al promitente comprador el 9 de mayo siguiente, y la misma confesión de las partes vertida en los interrogatorios por ellas absueltos, conducen a demostrar que evidentemente la compraventa prometida no se perfeccionó porque el demandado no suscribió el 20 de enero, ni posteriormente, la correspondiente escritura pública.

Y si bien es verdad que todos estos medios probativos, ora se los considere aisladamente o ya en conjunto, evidencian que ambos contratantes perseveraron en su ánimo de ejecutar la promesa, aún después de agotado el plazo que mutuamente se dieron al efecto, no puede aceptarse la tesis que pregona el recurrente y que consiste en que esa conducta de las partes indica que éstas "pospusieron la oportunidad para la celebración de la compraventa prometida, indefinidamente, sin señalar un plazo determinado". De ninguno de dichos documentos aparece que ese hubiera sido ciertamente el propósito de los estipulantes de la promesa; pero ni mucho menos sería aceptable en el caso litigado una presunta prórroga indefinida del plazo, porque la naturaleza solemne del contrato de promesa de compraventa la rechaza.

Las características que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, como lo ha dicho la doctrina, le dan la naturaleza de contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales, entre las cuales se cuenta, a términos de lo indicado por el numeral 2º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la de que se exprese, por escrito, al plazo o la condición "que fije la época en que ha de celebrarse el contrato".

7ª) Lo expuesto es suficiente para deducir, de una parte, que en la sentencia combatida no hubo quebranto, por inaplicación, del artículo 1609 del Código Civil, pues dadas las circunstancias fácticas indicadas no correspondía hacer actuar en el proceso dicha norma legal; y de otra, que como el artículo 1546 **ibídem** es precisamente el que regula la cuestión aquí litigada, su aplicación a ella se imponía por existir correspondencia entre el hecho concreto aducido y demostrado por el demandante y el hipotetizado por el legislador en este texto legal.

El cargo es pues ineficaz.

Cargo quinto

1. Mediante éste se acusa el fallo de infringir directamente, por interpretación errónea, el artículo 1546 del Código Civil y, **"seguidamente de los Arts. 1613 a 1615 Código Civil, por aplicación indebida"**.

2. Concretando esta acusación a la condena de perjuicios **in genere**, que trae la sentencia impugnada, expresa el censor que en ésta, "como lo reconoce abiertamente el fallador, 'en el proceso no se probaron los perjuicios causados al actor con el incumplimiento de la promesa por parte del promitente comprador', y que a pesar de esto se produjo condena al pago de ellos"; que si no hubo prueba de perjuicios, entonces la única explicación concebible de tal comportamiento es la interpretación errada que el Tribunal da al artículo 1546 citado, al creer que esta norma autoriza de todos modos, al declarar resuelto un contrato, decretar la reparación de perjuicios, "há-

yasele o no pedido dicha condena, y estén o no puntualizados y demostrados".

Estima la censura, y así lo asevera como fundamento cardinal de este cargo, que "la sentencia impugnada cayó en el error de entender que la orden de resolución o la de ejecución de un contrato prevista por el Art. 1546 Código Civil, acarrea de suyo la de indemnizar perjuicios, así no se haya pedido su reparación y no se haya demostrado su existencia y causación, y en el de ordenar la liquidación de unos que no habían sido establecidos".

Consideraciones

1ª) Luego de acoger la pretensión resolutoria contractual deprecada en la demanda, expresó el juzgador a quo, y en consecuencia así lo resolvió en su fallo, que "Visto lo anterior y como ignora el Despacho cuáles son los perjuicios causados al actor con el incumplimiento del contrato de promesa por parte del promitente comprador la condena se hará en forma genérica por no haberse probado éstos en el proceso".

Para mantener la condena así impuesta el juzgador ad quem prohijó la motivación anterior, añadiendo que en este caso los perjuicios, "conforme al artículo 1546 del Código Civil, son una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del contrato".

De lo cual aparece que, interpretando erróneamente el precitado artículo 1546, los juzgadores de instancia entendieron que por él se presume que el incumplimiento de un contrato bilateral origina perjuicios al contratante fiel; y que esa presunción basta para dictar una condena in genere a su resarcimiento.

2ª) La concepción anterior es sin embargo ostensiblemente equivocada y por ende inaceptable. En efecto:

De acuerdo con la preceptiva legal pertinente la responsabilidad civil, ora sea la que se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales o ya la que encuentra su fuente en la culpa aquiliana, comprende el deber de reparar los perjuicios causados a la víctima, indemnización que debe abrazar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Mas, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable.

3ª) Por cuanto el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras, a quien demanda judicialmente la indemnización del que ha sufrido le incumbe demostrar, por regla general y según los principios regulativos de la carga de la prueba, el daño cuya reparación solicita y su cuantía, puesto que la condenación por tal aspecto no puede extenderse a más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. Sólo que, en el evento de justificarse la existencia del perjuicio pero no su importe pecuniario, entonces la sentencia, en aplicación de lo imperado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, debe hacer la condena en abstracto, para en incidente posterior liquidar en guarismo líquido el monto de la obligación a que la condena en abstracto se refiere.

Dice en efecto la primera de estas dos normas, que "la condena al pago de... perjuicios u otra cosa semejante, se hará en forma genérica, cuando no aparezca demostrada su cuantía, señalando si fuere posible las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación". De acuerdo con el contenido de este precepto legal se impone afirmar, como lo tiene aceptado la doctrina y la jurisprudencia patrias, que para que la condena en abstracto a pagar perjuicios sea procedente es indispensable, salvo los casos taxativamente exceptuados, que en el proceso aparezca la prueba de que ellos se causaron y que faltó allí solamente liquidar su monto, porque la justificación de su valor no aparece.

4ª) La regla general que en punto de prueba de perjuicios se deja esbozada, es y tiene que ser aplicable también cuando prospera alguna de las dos pretensiones alternativas cuyo ejercicio autoriza el artícu-

lo 1546 del Código Civil, pues a más de que ni esta norma legal ni otra alguna presume que el incumplimiento de un contrato bilateral origine perjuicios al contratante que no tuvo culpa en su inejecución, la Sala no encuentra razón jurídica que autorice, en todo caso y así no se hayan causado, la condenación por perjuicios cuando se acoja la súplica principal de la demanda.

5ª) De lo dicho se sigue que el cargo que aquí se considera está llamado a prosperar, puesto que en cuanto dice a la indemnización de perjuicios el ad quem interpretó erróneamente el precitado artículo 1546; y como consecuencia de tal interpretación quebrantó, por aplicación indebida, los artículos 1613, 1614 y 1615 de la misma obra.

Por consiguiente, la sentencia combatida debe ser casada, pero únicamente en la decisión que constituye el objeto de esta censura.

Cargo cuarto

1. En este se acusa el fallo de segundo grado, de no estar "en consonancia con las pretensiones de la demanda".

2. Desarrollándolo, dice el censor que en este caso se demandó la resolución del contrato de promesa por incumplimiento del promitente comprador y, por contera, la declaración de la pérdida por parte de éste de lo que dio a título de arras; que el ad quem, después de despachar negativamente esta última súplica, impuso al demandado, en cambio, una condenación por perjuicios "a pesar de que la demanda no lo había solicitado".

Afirma la censura que el fallo "no concuerda con el patrón de la demanda, se produjo por fuera de lo pedido en ella"; que "se pidió la pérdida de las arras, y negada ésta, se decretó en cambio la indemnización de perjuicios en abstracto, no demandada".

Se considera

Conocidos los fundamentos y el alcance de este cargo, dos razones relevan a la Corte del deber de estudiarlo.

Es la primera la de que, según lo establece el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, salvo el de nulidad que siempre reclama consideración preferencial, cuando se proponen varios cargos contra la sentencia impugnada y uno de ellos prospera, la Corte "se abstendrá de considerar los restantes"; y consiste la segunda en que, habiéndose hallado procedente la censura atinente a la condenación en perjuicios y siendo por tanto pertinente casar el fallo en la decisión correspondiente, la incongruencia que por extra petita alega el casacionista en el presente cargo desaparece por sustracción de materia.

V

Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo quinto la sentencia recurrida tiene que casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hizo al fallo, en cuanto por él se condena al demandado a indemnizar al demandante perjuicios que éste no demostró, la sentencia de reemplazo habrá de reproducir todas las demás decisiones del Tribunal, por cuanto los cargos formulados contra estas disposiciones resultaron infundados, tal cual se vio al despacharlos.

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 fecha once (11) de junio de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y actuando en sede de instancia,

Resuelve

Primero. Refórmase la sentencia de 19 de junio de 1975, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, la cual por tanto queda así:

Segundo. Declárase resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de

promesa de compraventa celebrado por Francisco Javier Rodríguez Caballero y Armando Gómez España y contenido en documento suscrito por ellos el 20 de noviembre de 1973;

Tercero. Condénase al demandado Armando Gómez España a restituir al demandante dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el inmueble recibido por él en virtud de la promesa de contrato que aquí se declara resuelta;

Cuarto. Se condena al demandante a devolver al demandado, dentro del mismo término indicado en el ordinal anterior, la suma de ochenta y ocho mil pesos ($ 88.000.00) recibida por aquél de éste "en calidad de arras y a buena cuenta del precio";

Quinto. Niéganse las demás peticiones formuladas en la demanda incoativa del proceso;

Sexto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas;

Séptimo. Las costas de la primera instancia, y el cincuenta por ciento de las causadas en la segunda instancia, son de cargo del demandado; y

Octavo. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

COMPRAVENTA

Pacto comisorio simple y calificado. Requisitos para su resolución en caso de pacto comisorio

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 11 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por JUAN JOSE RESTREPO URIBE frente a LUIS EDUARDO LUNA CUENCA.

I

Los antecedentes del litigio

El 10 de octubre de 1973, mediante Escritura pública Nº 2849 que en esa fecha se otorgó en la Notaría 2ª de Ibagué y que se inscribió el 19 siguiente en la Oficina de Registro del Guamo, se ajustó entre Juan José Restrepo Uribe y Luis Eduardo Luna Cuenca el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) el primero expresó vender al segundo, y éste comprar a aquél, un lote de terreno rural, ubicado en la vereda "Las Mercedes", jurisdicción municipal del Guamo, denominado "La Cabrera", con extensión aproximada de 42 hectáreas 3.529 metros cuadrados, con todas sus mejoras, anexidades y canales de riego en él existentes, inmueble comprendido dentro de las siguientes alindaciones: "Partiendo del punto medio de la calceta que conduce del Corral de San Pablo a la quebrada de Guaduas donde intersecta el mojón que marca la colindancia del lote La Media Luna; se sigue la línea media de la calceta hasta la quebrada de Guaduas, colindando con predios de Agropecuaria San Rafael, se sigue por la quebrada Guaduas, aguas abajo y por sus sinuosidades colindando con predios de Agropecuaria San Rafael y otros, hasta llegar a un mojón que marca la colindancia del predio La Cabrera con el predio La Media Luna y se sigue esta colindancia hasta encontrar el punto de partida y encierra";

b) acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de $548.530.00, que el comprador se comprometió a pagar así: el 28 de febrero de 1974, $175.000.00; el 15 de agosto siguiente, otro contado del mismo valor del anterior; y el 28 de febrero de 1975, $198.530.00. Sobre estas sumas se obligó a pagar el deudor al acreedor, por trimestres vencidos a partir del 15 de agosto de 1973, intereses del 1 y ½% mensual durante el plazo y del 2% en caso de mora, estipulándose además que "Las cuotas de amortización ya relacionadas serán respaldadas con sendas letras de cambio por su respectivo valor y vencimiento";

c) por la cláusula 5ª del contrato convinieron las partes que para garantizar al vendedor el pago del precio de la venta, el deudor constituía a favor del acreedor hipoteca de primer grado sobre el mismo inmueble objeto de la compra. Y en el parágrafo de esta cláusula manifestaron: "Igualmente convienen las partes de esta negociación en que el incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas pacta-

das para el pago del precio del inmueble será condición resolutoria del negocio, aceptando la existencia de un pacto comisorio de conformidad con la ley colombiana"; y

d) finalmente, en la cláusula 6ª del contrato, expresó el vendedor que "ha hecho con anterioridad entrega real y material del predio al comprador señor Luis Eduardo Luna, y éste lo tiene recibido y está en posesión pacífica e indisputada del predio".

III

El proceso

1. Mediante escrito de 26 de agosto de 1974 el citado Juan José Restrepo Uribe demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Espinal al mentado Luis Eduardo Luna Cuenca, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario la justicia hiciera los siguientes pronunciamientos:

a) que está resuelto, por incumplimiento del demandado en su obligación de pagar el precio, el contrato de compraventa celebrado por ellos y plasmado en la Escritura pública Nº 2849, otorgada el 10 de octubre de 1973 en la Notaría 2ª de Ibagué;

b) que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a restituir al demandante, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo disponga, el lote de terreno vendido junto con los frutos naturales y civiles producidos por él, y no solamente los percibidos sino los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado de haber estado en poder del demandante;

c) que igualmente se condene a Luna Cuenca a pagar a Restrepo Uribe los perjuicios de diverso orden que le causó con su incumplimiento;

d) que se reconozca al demandante el derecho a retener la parte del precio por él recibida, como garantía del pago del valor de los frutos y los perjuicios reclamados; y

e) finalmente, que se imponga al demandado al pago de las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones el actor invocó, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan compendiados en los siguientes:

Que de las tres cuotas en que se repartió el precio acordado para la venta, Luna Cuenca pagó oportunamente la primera, o sea la de $ 175.000.00, lo que efectivamente hizo el 28 de febrero de 1974; que, por consiguiente, no pagó en su oportunidad a Restrepo Uribe el segundo contado, lo que ha debido hacer, según lo pactado, el 15 de agosto de ese mismo año; y que, dice el demandante en el hecho 10º de su libelo inicial, "el comprador no ha pagado ni la suma que debería cancelar el 15 de agosto de 1974, ni los intereses que aparecen pactados en la escritura 2849..."

3. El demandado, en escrito de 3 de septiembre de 1974, presentado el día siguiente al en que recibió notificación del auto admisorio de la demanda, previa aducción del título de depósito judicial por la suma de $199.375.00, fundándose jurídicamente en lo estatuido por el artículo 1937 del C. C., solicitó al juzgado que dictara "inmediatamente sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso, ordenando la cancelación de la inscripción de la demanda".

Mediante su auto del 6 de ese mismo mes, sostenido por el del 19 siguiente que denegó la reposición propuesta, el juzgado del conocimiento no accedió a la petición del demandado: fundó su decisión en que "...el pacto comisorio convenido en la Escritura pública Nº 2849 de 10 de octubre de 1973,.... es de los conocidos como simple y encuadra dentro del artículo 1935....". Añadió que dicho pacto comisorio "no priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1930 del mismo estatuto (Art. 1936 C. C.)".

4. Ante la improsperidad de lo por él pretendido inicialmente, el demandado procedió a contestar la demanda oponiéndose a las súplicas de su demandante y negando el incumplimiento contractual que se le enrostra en ella.

Expresó que mediante el giro de las letras de cambio que anticipadamente entregó al vendedor, había pagado los contados del precio de la venta y sus intereses; que, en razón de ellas se operó "una novación"; que, de otra parte, su demandante

no lo ha requerido para el pago de las obligaciones contenidas en los títulos valores y, contrariamente, se ha ocultado en forma maliciosa "para impedir que se le hiciese el pago en tiempo"; y que el deudor, "por emergencia nacional declarada", ha estado en imposibilidad de efectuar el pago.

Fundándolas en estas afirmaciones, en esa misma oportunidad el demandado propuso las excepciones que denominó: pago, inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho a demandar la resolución del contrato, inexistencia del pacto comisorio, ineptitud de la demanda, fuerza mayor y pago por consignación "efectuado por el demandado a favor del demandante antes de que fuese constituido en mora". De tales excepciones la de ineptitud formal de la demanda no fue admitida, por cuanto no se formuló en escrito separado al de la contestación a la demanda.

5. Y así, con aducción de pruebas solicitadas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 30 de junio de 1975, mediante la cual tomó las siguientes decisiones:

a) declaró no probadas las excepciones propuestas; b) decretó la resolución de la compraventa contenida en la precitada Escritura Nº 2849, cuyos registro y matrícula ordenó cancelar; c) condenó al demandado a restituir al demandante el lote de terreno objeto del contrato resuelto, así como a pagarle los frutos naturales y civiles producidos desde el 10 de octubre de 1973 hasta su restitución, en proporción a la parte del precio no pagado, y cuyo monto dispuso liquidar por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C.; d) negó las peticiones atinentes a la indemnización de perjuicios y al derecho de retención, imponiendo por tanto al demandante el deber de restituir al demandado los dineros recibidos por cuenta del precio, junto con sus intereses; y e) por último, dispuso la cancelación del registro de la demanda y condenó al demandado a pagar las costas causadas en la instancia. Además, dispuso entregar al demandado la suma consignada por éste en el presente proceso.

6. Como efecto de la apelación interpuesta por ambas partes contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el que, luego de rituar el trámite del grado, incluso la práctica de pruebas, en fallo proferido el 11 de agosto de 1976, infirmó el apelado y en su lugar se inhibió de decidir el fondo de la controversia, "conforme lo analizado en la parte considerativa de esta providencia".

III

La motivación del fallo de segundo grado

1. A vuelta de compendiar los términos en que se acordó el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 2849 de 10 de octubre de 1973, otorgada en la Notaría 2ª de Ibagué, observa el sentenciador que según ésta los contratantes "estipularon el pacto comisorio, según el cual 'el incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas pactadas para el pago del precio del inmueble será condición resolutoria del negocio'."

Al punto advierte el Tribunal que "desde un comienzo el fallador de instancia, mediante las providencias de fechas 6 y 19 de septiembre de 1974, situó la cuestión sustantiva de la controversia dentro de la concepción y del radio de acción del pacto comisorio simple, concretando la acción sobre el precepto del artículo 1930 del C. C., ya que no aceptó la invocación que hiciera el demandado del artículo 1937 ibídem, vinculada a la del artículo 412 del C. de P. C., en orden a la aceptación de la forma de pago efectuada por LUNA CUENCA al día siguiente de la notificación de la demanda".

2. Con citas doctrinarias y jurisprudenciales el ad quem emprende en seguida el análisis del pacto comisorio, sus clases y efectos; observa que no obstante ser éste "en el fondo la expresión inequívoca de la condición resolutoria consagrada en el Art. 1546 ibídem", difiere sin embargo de ella, apuntando de paso las diferencias que a su juicio existen entre ambas figuras.

Y despues de recordar que en el presente caso, "tanto el proceso como la sentencia de primer grado, se enrumbó y se profirió, sobre la base de considerar dicho pacto estipulado entre RESTREPO y LUNA CUENCA como de naturaleza simple a

términos del Art. 1935 del C. C.", concluye afirmando que "el actor ha debido poner en movimiento el Organo Jurisdiccional del Estado con miras a requerir al deudor para constituirlo en mora antes de proceder a la iniciación de este proceso".

Cree el Tribunal, y así lo asevera como fundamento de su inhibición, que el haberse omitido por el demandante requerir al demandado para constituirlo en mora, antes de formular su pretensión resolutoria, estructura una excepción de inepta demanda.

3. Rematando la motivación cardinal de su fallo, expresa el Tribunal de Ibagué: "Así las cosas, y aplicando serios fundamentos de hermenéutica jurídica y expresos preceptos legales, como los que hemos mencionado aquí, relativos tanto al pacto comisorio como a la teoría de la mora (Arts. 1595 y 1930 - 1935 y 1546 C. C.), si la resolución impetrada constituye una pena impuesta desprendida del pacto comisorio referido, con indemnización de perjuicios, el acreedor y demandante RESTREPO no podía iniciar la acción respectiva sin que hubiese constituido en mora al deudor previamente".

Respondiéndose el interrogante que él se formula, acerca de cuál debe ser la resolución en el presente caso el, ad quem manifiesta: "Ha quedado en claro que, tal como lo expresara el demandado en la sustentación de la excepción tercera propuesta al contestar la demanda, éste no desconoce el derecho material del demandante sino que alega la existencia de una petición antes de tiempo por la ausencia del requerimiento para constituirlo en mora, lo cual, a juicio de la Sala, linda con la ineptitud formal de la demanda constituyendo la falta de presupuesto procesal demanda en forma, la que a su turno hace imposible efectuar un pronunciamiento de fondo, por lo que la decisión jurídica a tomar no puede ser otra distinta a la de la inhibición".

IV

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil el recurrente le formula dos cargos, de los cuales se despacha el segundo que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo del Tribunal.

Segundo cargo

1. Mediante él se acusa la sentencia de quebrantar directamente, por falta de aplicación, los artículos 1932 y 1935 del C. C.; y por aplicación indebida los preceptos 1595, 1930 y 1608, numeral 1º, "en lo pertinente de cada uno de ellos que aplicó el Tribunal".

2. Desenvolviendo esta censura el recurrente afirma que aún en la hipótesis, que es la que toma la sentencia, de que la pretensión resolutoria deducida por el demandante nace de la operancia del pacto comisorio simple, en virtud de que el demandado como comprador no cumplió con la obligación de pagar la cuota del precio exigible el 15 de agosto de 1974, es el caso de que el Tribunal, para proferir su fallo inhibitorio, "echó de menos un requerimiento para constituir en mora al deudor, que la ley no exige".

Considera el casacionista que existiendo, según el contrato, un plazo para pagar el precio, no se necesita requerir al deudor para constituirlo en mora, pues que el advenimiento del día produce dicho efecto a la luz de la primera parte del numeral 1º del artículo 1608 del C. C. Explanando la tesis que pregona, asevera que si bien la apuntada regla general tiene algunas excepciones consagradas por la misma ley, dentro de éstas no se cuenta el supuesto del pacto comisorio del Art. 1935 ibídem, según el cual si se estipula expresamente "que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta".

Refiriéndose a la doctrina de la Corte que la sentencia impugnada cita en sus motivaciones, expresa el censor que ella alude a un tema "muy diferente al de este proceso, esto es a si procede la resolución de pleno derecho de la compraventa de inmuebles, es decir sin intervención judicial o proceso que la declare, llegándose a una conclusión negativa aún en el

caso más extremo o sea el del pacto comisorio cualificado del Art. 1937 del C. C., pues éste expresamente habla de demanda, no dice lo que el Tribunal entendió, o sea de que en caso de pacto comisorio simple se necesite el requerimiento del deudor para constituirlo en mora, si hay plazo para el pago del precio".

3. Continuando en el desarrollo del cargo, dice el impugnador que si bien es verdad que la cláusula penal no puede cobrarse sin haberse constituido al deudor en mora, tal cual lo prescribe el artículo 1595 ibídem, principio que rige en todo caso en que se persigue indemnización de perjuicios, el presente caso, en el cual se instaura la acción resolutoria, no equivale a indemnización alguna.

"....la resolución no implica, —dice la demanda de casación— como lo malentiende el Tribunal, indemnización alguna; simplemente se deriva de la condición resolutoria expresa pactada por los contratantes, quienes acordaron que al incumplir el comprador con el pago del precio se resolvería la convención. Aquí no procede ni siquiera hablar de la teoría sancionatoria de la resolución, seguida por ejemplo por Melich Orsini, y que pudiera apoyarse para contratos mercantiles en el Art. 870 del C. de Co., que abandonó la condición resolutoria tácita tan combatida, pero vigente en el Código Civil....".

V

Consideraciones de la Corte

1ª) Es principio general del derecho civil que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos efectiva y oportunamente.

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

Se encuentra aquí el fundamento racional del principio de la normatividad de los actos jurídicos, que, como atributo a la autonomía de la voluntad, consagró el legislador colombiano mediante el artículo 1602 del Código Civil al estatuir: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

2ª) Entre las "causas legales" a virtud de las cuales un contrato legalmente celebrado puede ser privado de su eficacia, de que habla la norma transcrita, está el incumplimiento de una de las partes. En tal caso, el otro contratante que haya cumplido o se haya allanado a cumplir las prestaciones de su cargo, tiene opción para exigir el cumplimiento del pacto o la resolución de éste, con indemnización de perjuicios: "En los contratos bilaterales —reza el Art. 1546 del C. C.— va envuelta la condición resolutoria en 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".

La condición resolutoria tácita que mediante el citado precepto consagró el Legislador Colombiano como norma general para todos los contratos bilaterales, la estableció singularmente para el contrato de compraventa en el artículo 1930 ibídem, a términos del cual le asiste la acción resolutoria, también con indemnización de perjuicios, al vendedor "si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos...."

3ª) 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 llamada 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.

Dice en efecto el artículo 1935 del C. C. que "por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio

al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta"; y agrega el artículo 1937 siguiente que "si se estipula que por no pagar el precio al tiempo convenido, se resuelve ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda".

Con fundamento en el sistema adoptado en la materia por el Código, la doctrina tiene clasificado el pacto comisorio en simple y calificado. El primero, o sea el que directamente define el Art. 1935 transcrito, es la misma condición resolutoria, expresamente convenida entre comprador y vendedor por el no pago del precio de la venta; y el segundo, que es el que contempla el artículo 1937, se presenta cuando a dicha estipulación se agrega que la resolución de la compraventa se produce ipso facto por el mismo motivo. A más de lo anterior, el pacto comisorio calificado se distingue del simple en que por aquél se concede al demandado un plazo de gracia para hacer subsistir el contrato que se dice resuelto ipso facto, mediante el pago del precio debido dentro de las 24 horas siguientes a la notificación que de la demanda se le haga; y si así lo hiciere entonces el juez debe proferir "inmediatamente sentencia que declare extinguida la obligación que dio origen al proceso" (Art. 412 del C. de P. C.).

4ª) Mas, ora se trate de la condición resolutoria tácita, ya del pacto comisorio simple o 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.

Consistiendo la mora del deudor en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por él debida, en tratándose de obligaciones a plazo la mora debitoria sólo se estructura, generalmente según lo preceptuado por el ordinal 1º del artículo 1608 ibídem, cuando dentro del término estipulado no ha cumplido la obligación, puesto que únicamente cuando éste haya vencido nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento. Y si bien es cierto que esta regla no es absoluta, pues casos hay en que por mandato expreso de la ley además del vencimiento del término es necesario el requerimiento al deudor para constituirlo en mora, también lo es que dicha reconvención judicial no la exige, ni expresa ni implícitamente, para los supuestos de la acción resolutoria tácita o expresa de la compraventa.

En el terreno de lo que las partes deben contemplar al concertar un pacto, el contrato es justamente el resumen de todas sus previsiones; por eso está elevado a la categoría de ley entre ellas, y como es el trasunto de su voluntad debe ejecutarse de buena fe. De ahí que cuando en una obligación se estipula un plazo, ninguno de los contratantes puede ampliarlo o restringirlo unilateralmente, sino que deben ambas atenerse a él.

5ª) En su sentencia el Tribunal de Ibagué reconoce, de una parte, que en el caso de este proceso se estipuló, mediante la cláusula 5ª del contrato de compraventa, un pacto comisorio simple; y de otra, que el comprador no pagó, dentro del término acordado al efecto, la segunda cuota del precio de la venta. No obstante ello estimó, y es esta la razón que sustenta su decisión inhibitoria, que dicho pacto no da base a la acción resolutoria porque el demandante no requirió al demandado, previamente al ejercicio de la prestación que aquí deduce.

La tesis que pregona la sentencia es a todas luces inaceptable, puesto que no existe razón legal alguna para considerar que el pacto comisorio simple quede sustraído a la regla dies intarpellat pro homine, tanto más si se tiene en cuenta que el precitado artículo 1935, al definir dicho pacto, claramente establece que por él se estipula en forma expresa que, "no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta" (subraya la Corte).

A propósito concretamente del pacto comisorio simple, no existe norma legal alguna que disponga, respecto de la mora del comprador en el pago del precio, que para que esta se configure no sea bastante el incumplimiento de tal obligación en el término estipulado sino que se requiere, además, la reconvención judicial. Ni el artículo 1608, ni menos el 1935, elevan a la

categoría de excepción a la regla general de la mora automática la condición resolutoria expresa.

Y ello es así porque si entre comprador y vendedor se ha pactado el término dentro del cual éste debe pagar el precio, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de dicho plazo y que el segundo tiene conocimiento de tal circunstancia. Bien se ve, pues, que en este caso no exija la ley requerimiento, porque desde el momento mismo de la celebración del contrato el comprador está prevenido de que si deja vencer el término sin pagar el precio, se coloca de pleno derecho en mora, y, por ende, expuesto a las responsabilidades consiguientes a ésta.

Ha dicho la Corte que "la diferencia entre el pacto comisorio calificado o de resolución ipso facto y los otros dos, de condición resolutoria tácita y de resolución expresa o pacto comisorio simple, estriba en que en las dos últimas, el deudor debe hacer el pago dentro del término estipulado en el contrato, mientras que, cuando hay pacto comisorio calificado, el comprador tiene plazo para pagar hasta el vencimiento de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda" (G. J., LXXXVII, 440).

6ª) De lo atrás expuesto viene como conclusión la de que el Tribunal sentenciador, al reclamar para el caso aquí litigado un requerimiento que la ley no exige para constituir en mora al deudor, quebrantó, pues con tal premisa dejó de aplicarlos a la controversia debiendo haberlos hecho actuar en ella, los artículos 1932 y 1935 del Código Civil; dejó de aplicar también la primera parte del numeral 1º del artículo 1608 ibídem; y aplicó indebidamente, en cambio, la segunda parte de ese mismo numeral, lo mismo que el 3º de dicho artículo.

Por lo tanto, para corregir al error in judicando hallado, el fallo recurrido tiene que casarse.

VI

Sentencia sustitutiva

1º Presupuestos del proceso

En el caso que se estudia los presupuestos del proceso, es decir, los requisitos legalmente necesarios para la regular formación y el perfecto desarrollo de la relación jurídico-procesal, se encuentran presentes. No halla entonces la Corte, por este aspecto, impedimento que la inhiba para decidir en el fondo la cuestión controvertida.

En efecto: el Juez Civil del Circuito de Espinal, ante el cual se formuló la demanda, era el legalmente competente para la tramitación y decisión, en primera instancia, del conflicto de intereses de mayor cuantía a él presentado para su composición, por tratarse de un asunto de jurisdicción contenciosa entre particulares domiciliados en ese municipio, y por cuanto además el bien materia del litigio se halla ubicado en ese circuito judicial; el escrito mediante el cual al demandante suplica tutela para un derecho suyo, observó en su estructuración las formalidades establecidas por los Arts. 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil para toda demanda; asimismo la capacidad para ser parte de un proceso está también presente, desde luego que las personas naturales que figuran en éste como demandante y demandado tienen existencia jurídica; y, finalmente, la capacidad procesal de estos sujetos emana de su mayor edad, a más de que han estado asistidos por abogados inscritos.

2º La pretensión principalmente deducida y las pruebas practicadas

1. En el presente caso, como se infiere claramente del petitum de la demanda como de la causa petendi en ella invocada, el demandante pretende primera y principalmente que se declare resuelto, por incumplimiento del demandado en su obligación de pagar el precio, el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública Nº 2849 de 10 de octubre de 1973, otorgada en la Notaría 2ª de Ibagué, en el cual se estipuló el pacto comisorio autorizado por el artículo 1935 del C. C.

2. No obstante que la condición resolutoria se entiende implícita en el contrato de venta, el precitado Art. 1935 preceptúa que "por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el con-

trato de venta"; y agrega el artículo 1936 siguiente que la existencia de dicha estipulación expresa, "no priva al vendedor de la elección de las acciones que le concede el artículo 1930".

Lo cual significa que la acción resolutoria de la compraventa con base en el pacto comisorio requiere, para su prosperidad, de la confluencia de los siguientes tres presupuestos, a saber: a) la existencia de un contrato de compraventa; b) la expresa estipulación en él de la condición resolutoria y c) la mora del comprador en el cumplimiento de su obligación de pagar el precio. Como los anteriores requisitos se dan cita en el caso que se estudia, tal cual lo evidencian las pruebas que adelante se analizan, la resolución contractual deprecada está llamada a ser acogida.

3. La Escritura pública Nº 2849 de 10 de octubre de 1973, cuya copia se allegó al proceso oportunamente y con la constancia de su inscripción en el registro, acredita, de una parte, que en esa fecha Restrepo Uribe vendió a Luna Cuenca la finca denominada "La Cabrera", ubicada en la jurisdicción municipal de Guamo; y, de otra, que los contratantes estipularon, mediante la cláusula 5ª de dicha escritura, el pacto comisorio.

A términos de dicho documento el comprador debía pagar al vendedor el 15 de agosto de 1974, como segunda cuota del precio acordado, la suma de $175.000.00, obligación que según lo asevera el demandante aquél no cumplió, y que dado su carácter de negación indefinida debe tenerse por cierta ya que el demandado no la infirmó demostrando el hecho positivo contrario (Art. 177 C. de P. C.).

4. Si a intento de enervar la pretensión de su demandante el demandado propuso, entre otras, las excepciones que denominó fuerza mayor "por emergencia nacional declarada" para hacer el pago oportuno, y ocultamiento de aquél "para impedir que se le hiciese el pago en tiempo", ello significa que es el propio comprador el que reconoce como cierto el hecho fundamental de la demanda. Pero además la circunstancia de que, después de recibir notificación del auto admisorio de la demanda, hubiera procedido a consignar la cuota del precio que ya era exigible, junto con sus intereses de mora, corrobora la certeza del incumplimiento de su obligación.

Ni puede decirse que tal consignación tenga los efectos liberatorios previstos por el artículo 1656 ejusdem, puesto que se hizo, de una parte, con posterioridad a la admisión de la demanda; y, de otra, con absoluta pretermisión de las formalidades que para el pago por consignación establece esa misma norma, en concomitancia con el precepto 437 del Código de Procedimiento Civil.

Y si se ha de atender, como debe atenderse, a la preceptiva contenida en los Arts. 643 y 882 del Código de Comercio, fuerza es decir que la circunstancia de que el comprador hubiera girado letras de cambio por los instalamentos del precio y para sus respectivas fechas, las que aún no han sido descargadas, tampoco implica pago del mismo. Dice en efecto la primera de estas dos normas que "la emisión o transferencia de un título-valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia". Y agrega la segunda de dichas dos disposiciones que "La entrega de letras, cheques, pagarés, y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera".

En el caso de este proceso, según se estipuló expresamente en el contrato de compraventa, las cuotas en que se distribuyó el precio de la venta debían ser "respaldadas", como evidentemente lo fueron, "con sendas letras de cambio por su respectivo valor y vencimiento". Lo cual significa que tales letras se giraron pro solvendo y no in solutum y, por lo mismo, que como no han sido descargadas no implican pago de la obligacion que dió lugar a ellas.

3º Las excepciones propuestas

1. Si la consignación efectuada por el demandado después de haber recibido notificación de la demanda no constituye pago de la obligación, tal cual ya se dijo, ni

tampoco implica pago de la cuota debida del precio el giro de la correspondiente letra de cambio, como también se vio, se impone como consecuencia lógica rechazar las excepciones primera, segunda, cuarta y octava de las propuestas por el demandado, pues ellas vienen edificadas precisamente sobre tales dos hechos: el giro de las letras de cambio y la consignación de la cuota impagada que en este proceso hizo el excepcionante.

2. Como ampliamente se dejó expuesto al despachar el cargo que encontró prosperidad, la procedencia de la pretensión resolutoria con apoyo en el pacto comisorio supone ciertamente el estado de mora del comprador en el cumplimiento de su obligación de pagar el precio. Empero, cuando en el contrato se ha estipulado plazo para el cumplimiento de este deber, el vencimiento inútil de tal término coloca automáticamente al deudor en mora, sin necesidad de previo requerimiento al efecto.

Siendo ello así tiene que seguirse que las excepciones tercera y la primera parte de la quinta, edificadas justamente en la falta de requerimiento judicial al demandado, quedan sin piso y por consiguiente están llamadas también a no prosperar.

3. En relación con la excepción denominada "ineptitud de la demanda", la Corte observa:

A términos del numeral 5º del artículo 97 del C. de P. C., dicho medio defensivo se presenta cuando a la demanda del proceso le faltan los requisitos formales, o cuando ella contiene una indebida acumulación de pretensiones. Pero como excepción de forma que es y no de mérito, su postulación debe hacerse en escrito separado: no ocurrió ello así en el presente caso y por consiguiente el juzgado con razón no la tramitó, en decisión que fue consentida por el excepcionante.

4. Finalmente, en cuanto dice relación con las excepciones de fuerza mayor y de ocultamiento del vendedor para impedir el pago oportuno del precio, no aparece en los autos prueba alguna que justifiquen los hechos en que se hacen descansar.

4º Las restituciones mutuas

1. Como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, cuando la pretensión resolutoria de la compraventa por no pago del precio por el comprador es acogida judicialmente, tienen que producirse los efectos que en principio corresponden a toda condición resolutoria, debiéndose por tanto restituir las partes mutuamente todo lo que han recibido con motivo del contrato, en las condiciones especialmente determinadas por el artículo 1932 del C. C.

Según dicho precepto, en el supuesto indicado el vendedor tiene derecho "para retener las arras, o exigirlas dobladas; y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada. El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado el precio".

En atención a que la sentencia que se revisa, en cuanto se refiere a las resoluciones atinentes a la restitución de frutos y parte del precio, se ciñe a lo ordenado por dicho texto legal, sus decisiones al respecto deben mantenerse; como debe sostenerse también la orden de restitución del inmueble materia de la venta resuelta, que en dicho fallo se da al demandado, por ser tal restitución uno de los efectos de la resolución.

2. La negativa de pago de perjuicios es legal y por consiguiente debe confirmarse.

Por cuanto el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras, a quien demanda judicialmente la indemnización del que ha sufrido le incumbe, demostrar, por regla general, el daño cuya reparación solicita y su cuantía, puesto que la condenación por tal aspecto no puede extenderse más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. Sólo que, en el evento de justificarse la existencia del perjuicio pero no su importe pecuniario, entonces la sentencia, en aplicación de lo imperado por los artículos 307 y 308 del C. de P. C., debe hacer la condena en abstracto para en incidente posterior liquidar el monto de

la obligación a que la condena en abstracto se refiere.

Como no hay norma legal que presuma que el incumplimiento del comprador en su obligación de pagar el precio origine perjuicios al vendedor, ni el aquí demandante probó haberlos sufrido, su pretensión al respecto no puede prosperar.

3. Idéntica suerte debe correr la solicitud atinente al derecho de retención.

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

No establece la ley derecho de retención por razón de frutos debidos; ni éstos pueden asimilarse a "expensas y mejoras" para aplicar a ellos el artículo 970 del C. C., a más de que esa aplicación extensiva o analógica implicaría atribuir al derecho de retención un carácter general que no tiene.

VIII

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 11 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmase la sentencia de treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida en este proceso por el Juzgado Civil del Circuito de Espinal;

Segundo. Las costas de las dos instancias del proceso son de cargo del demandado en el 70%;

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

PAGO DE LO NO DEBIDO POR IMPUESTOS

Debe definirlo la jurisdicción contencioso-administrativa

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes con la sentencia de 12 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso instaurado por los herederos de CARLOS VELEZ POMBO contra la NACION COLOMBIANA.

II

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 4 de octubre de 1975 al Juzgado Quinto Civil del circuito de Cartagena, Julia Susana vda. de Vélez, Jaime Vélez Piñeres, Margarita Vélez de Mogollón, Miryam Vélez de Lemaitre, Luis Guillermo, Carlos Francisco y José Antonio Villegas Vélez demandaron a la Nación Colombiana, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciese el siguiente pronunciamiento:

Que se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes, en la proporción que la demanda determina, la suma de $1.279.852.13, "que le pagó por error en la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena la sucesión del finado señor Carlos Vélez Pombo en concepto de impuesto sobre la renta y complementarios de patrimonio".

2. Las afirmaciones de hecho que los demandantes invocaron en apoyo de su pretensión, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Carlos Vélez Pombo murió el 17 de sept., de 1966 en la ciudad de Cartagena, y su proceso sucesorio se tramitó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de allí;

b) En esa mortuoria se reconocieron como interesados a todos los demandantes, en las siguientes calidades: a Julia Susana vda. de Vélez como cónyuge sobreviviente, con derecho a gananciales; a Jaime Vélez Piñeres, Margarita Vélez de Mogollón y Miríam Vélez de Lemaitre, como herederos del causante y en su calidad de hijos legítimos de éste; y a Luis Guillermo, Carlos Francisco y José Antonio Villegas Vélez, también como herederos pero como sobrinos del finado, por derecho a representación de su madre Julieta Vélez de Villegas;

c) la referida sucesión pagó en la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena, durante los años de 1966, 1967, 1968 y 1969, los siguientes impuestos: 1º por concepto de "masa global hereditaria y asignaciones", $2.065.855.71; 2º por concepto de "timbre nacional", $102.344.40; 3º por "concepto de impuesto de registro", $128.372.01; y 4º "en concepto de impuesto sobre la renta y complementario de patrimonio", la suma de $1.279.852.13;

d) dicen los demandantes en el hecho 5º de su libelo, que este impuesto de renta "fue pagado por error y constituye un pago de lo no debido regulado por el capítulo 2º, Título 33, Libro 4º del Código Civil por lo cual mis pederdantes tienen derecho a repetirlo obrando como sucesores del finado Carlos Vélez Pombo";

e) aseveran que según el numeral 11 del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, bajo cuya vigencia se liquidó la sucesión referida, "las

herencias estaban exentas del impuesto sobre la renta mientras estuvieran gravadas con impuestos especiales"; y que la de Vélez Pombo, cuando pagó el que se le liquidó, estaba gravada también "con los impuestos especiales" de masa global hereditaria y asignaciones; de registro y de timbre nacional, "y por tanto la exención del impuesto sobre la renta era clara y manifiesta"; y

f) si no se hubiera pagado tal impuesto de renta, dice el hecho 11º de la demanda, la suma correspondiente "habría aumentado los gananciales de la viuda Julia Susana Piñeres de Vélez en un 50%; y el otro 50% habría aumentado la cuantía de las asignaciones para los herederos, por partes iguales, pero a los hermanos Villegas Vélez les habría correspondido una sola asignación conjuntamente".

3. Con expresa oposición de la demandada, quien por conducto del respectivo Fiscal en su contestación manifestó no constarle ninguno de los hechos invocados, se adelantó la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 26 de marzo de 1976, mediante la cual declaró nula toda la actuación y dispuso archivar el expediente.

4. Como efecto de la apelación interpuesta contra esta providencia por la parte demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que, mediante sentencia del 12 de agosto siguiente, confirmó la apelada e impuso a los apelantes las costas procesales.

5. Contra la sentencia del Tribunal interpusieron casación los demandantes, recurso este que por encontrarse hoy legalmente rituado procede la Corte a decidir.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de concretar la pretensión deducida en la demanda, en el proemio de las motivaciones de su fallo asevera el Tribunal "que este proceso no es de competencia de la jurisdicción civil, de que trata la primera parte del numeral 1º del Art. 16 del Código de Procedimiento Civil, sino de la jurisdicción Contencioso Administrativa a que se refiere la última parte de la norma citada".

2. Y refiriéndose al argumento de la demanda de que la acción promovida es para repetir un pago indebido hecho a la nación, por lo que se trata de un asunto civil y no administrativo, el ad quem dice que es apenas aparente, puesto que, explica, "a través de todas las disposiciones legales citadas se demuestra que el contenido de la demanda es típicamente de carácter administrativo materia de esta de que no es competente la jurisdicción civil".

Añade la sentencia, para sustentar su conclusión, que "solamente hay que leer las disposiciones pertinentes de la Ley 81 de 1960, del Decreto Ley 1651 de 1961 y la Ley 167 de 1941; donde se trata de la manera como debe procederse en los casos a que se refiere la demanda". Dice además, que no hay disposición "de carácter civil que ordene que el punto de que trata la demanda se tramite por la vía ordinaria civil. El Art. 2313 del Código Civil —agrega— es una disposición de orden sustantivo y no adjetivo, en ella no se dice que los asuntos a los cuales se refiere sean tramitados por la jurisdicción civil".

IIII

El recurso extraordinario

En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes le formulan al fallo del Tribunal dos cargos, que la Corte entra a considerar y despachar en conjunto por cuanto sus fundamentos son sustancialmente similares.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 2313 del Código Civil y 47, numeral 11 de la Ley 81 de 1960, a causa de error de hecho evidente en la interpretación de la demanda.

En el planteamiento del cargo los recurrentes acusan dicho fallo, además, de ser directamente violatorio de los artículos 16, numeral 1º y 23, numeral 17 del Código de Procedimiento Civil.

2. Concretando el yerro de hecho que denuncia, asevera el casacionista que al interpretar la demanda introductoria del proceso el Tribunal "apenas estudió una parte de ella, una faz, vulgarmente expresado una cara de la medalla, que es la parte perjudicial para mis poderdantes por cuanto sólo se indican las disposiciones legales que gravaron con impuesto sobre la renta la sucesión del señor Carlos Vélez Pombo; pero, y detrás de un pero siempre viene una tormenta, no estudió la otra parte de la demanda, la otra faz, la otra cara de la medalla, y es aquélla que contiene lo favorable para los actores, o sea, las disposiciones legales que exoneran de dicho impuesto sobre la renta a la sucesión mencionada, señaladamente el artículo 47 numeral 11 de la Ley 81 de 1960; la Ley que estableció el gravamen precisó con claridad meridiana la exoneración del mismo y esta segunda parte de la demanda no la vio el Tribunal".

Añade la impugnación que "donde más brilla la interpretación errónea del Tribunal es en la parte de la sentencia recurrida que atribuye la competencia de mi demanda a la jurisdición contencioso administrativa, quizá porque se trata de la devolución de un impuesto, visto el asunto con criterio simplista, cuyo pago se hizo por error puesto que no se debía y entonces su devolución es un derecho claro concedido al que lo pagó por el artículo 2313 del Código Civil, disposición comprendida en el Capítulo II, Título 33, Libro 4º de dicho código, que reglamenta el pago de lo no debido, institución netamente civil regulada por los Códigos Civiles de todos los países".

3. Considera la censura que como en el caso presente no se ha demandado "la revisión de las resoluciones que liquidaron el impuesto sobre la renta a la sucesión del finado Vélez Pombo", sino que lo que se pretende es el derecho "que concede el Art. 2313 del Código Civil al que paga por error", la competencia la tiene la jurisdicción civil y no la contencioso administrativa, de acuerdo con lo que establecen los artículos 16, numeral 1º y 23, numeral 17 del Código de Procedimiento Civil".

Añade el impugnador que "el quebranto de tales normas procesales le sirvió de medio al Tribunal fallador para infringir indirectamente, por falta de aplicación, las normas sustanciales contenidas en los artículos 47 numeral 11 de la Ley 81 de 1960 y 2313 del Código Civil que en su orden les consagran a los actores el derecho a la exoneración del impuesto sobre la renta pagado por error y a la repetición del mismo contra la Nación, derechos que fueron lesionados por la sentencia recurrida".

Segundo cargo

1. Con él los recurrentes acusan la sentencia del Tribunal de infringir indirectamente, por falta de aplicación, los mismos textos sustanciales señalados en el cargo anterior, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el juzgador ad quem por no haber apreciado las siguientes pruebas:

a) La Escritura pública Nº 174 de 9 de marzo de 1970, otorgada en la notaría 3ª de Cartagena para protocolizar el proceso sucesorio del sobredicho Vélez Pombo; y b) el certificado expedido el 23 de septiembre de 1975 por la Tesorería General del Departamento de Bolívar.

2. En desenvolvimiento de esta censura, afirma el casacionista que las pruebas preteridas por el Tribunal acrediten que la referida sucesión pagó los impuestos de masa global hereditaria y asignaciones, de registro y de timbre nacional en las cuantías discriminadas en la demanda inicial del proceso; y que con el pago de esos "impuestos especiales que hizo la sucesión acreditó la exoneración del impuesto sobre la renta que pagó en cuantía de $1.279.862.13 como consta en 39 recibos de Caja Oficiales expedidos en los años 1966, 1967, 1968 y 1969, documentos auténticos que también pasó por alto el Tribunal fallador de segunda instancia".

Y luego de detenerse en la cita de las disposiciones legales que a su juicio establecieron los que él califica de "impuestos especiales", el casacionista, a manera de resumen de los dos cargos que le formula a la sentencia de segundo grado, dice: "los dos cargos... son concurrentes y conspiran, ambos a dos, a demostrar la infracción indirecta, por falta de aplicación, de los Arts. 47 numeral 11 de la Ley 81 de 1960 y 2313 del Código Civil y la lesión del derecho de

mis poderdantes que les consagran esas disposiciones sustanciales a la devolución del pago indebido que hizo la sucesión de su causante Vélez Pombo y cuya suma y reparto he precisado en la presente demanda de casación".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) Sostienen los expositores del derecho procesal que la jurisdicción, entendida como la facultad que emanada de su propia soberanía le corresponde privativamente al Estado para dirimir los conflictos de intereses que se presenten entre los asociados, es función indivisible en sentido estricto; pero que, atendiendo a la naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto, la administración de justicia se ha dividido en grupos con procedimientos y jueces diferentes.

Es así como clasifican la jurisdicción en ordinaria y especial. La primera, que equivale al género, es la que se ejerce sobre la generalidad de los negocios o controversias que no han sido asignadas a otra; la segunda, que es la especie, dice relación a determinados asuntos que por razón de la materia se han adscrito para su conocimiento a jueces especiales.

"La organización jurisdiccional de los países civilizados —ha dicho la Corte— corresponde a uno de estos dos grandes sistemas: el de la unidad o el de la pluralidad de jurisdicciones. En el primero, practicado especialmente por los paises anglosajones, todos los procesos, cualesquiera que ellos sean, todos los litigios civiles o administrativos, son juzgados por una misma y única jerarquía de Tribunales: los Tribunales judiciales, que tienen así, con respecto a las autoridades administrativas, el carácter de un verdadero superior jerárquico. En el segundo de los sistemas indicados, que es el adoptado por Colombia, en donde se tomó, en términos generales, como modelo, la concepción francesa de la separación de las autoridades administrativa y judicial, unos litigios son resueltos por los tribunales administrativos y otros por los tribunales judiciales" (XLIII, 360).

2ª) La organización de la administración de justicia en Colombia ha establecido como jurisdicción especial la contencioso-administrativa, cuya finalidad es en esencia la tutela del orden jurídico frente a las desviaciones o abusos de los órganos de la administración, y la solución de los conflictos surgidos entre ésta y los particulares con motivo de tales abusos.

Determinando la finalidad de esta jurisdicción especial, preceptúa el artículo 20 del Decreto 528 de 1964 que ella "está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades..."

Creada pues en Colombia la indicada jurisdicción especial, la que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (Art. 1º Ley 167 de 1941), ella ha existido en el país desde entonces, paralela a la civil, pero existiendo siempre entre ambas sustancial diferencia en cuanto a sus fines y objeto: ésta busca la satisfacción de los derechos privados de los particulares y de entidades públicas, mientras obren en el campo de los derechos civiles; aquélla realiza los derechos públicos de los asociados frente a la administración.

3ª) Guiado por este criterio fundamental nuestro legislador determina las atribuciones respectivas de los tribunales administrativos y los judiciales.

Concretando el ámbito de la jurisdicción civil el artículo 12 del C. de P. C., con argumento de exclusión que corresponde a su carácter general, dice que a ella corresponde "todo asunto que no este atribuido por la ley a otras jurisdicciones"; y al determinar la competencia de los jueces civiles de circuito, establece el artículo 16 ibídem en su regla primera que a ellos corresponde conocer de los procesos contenciosos en que sea parte la Nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de alguna de las anteriorse entidades, o una sociedad de economía mixta, "salvo los que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa".

Por su parte, al determinar las atribuciones del Consejo de Estado, preceptúa el Art. 34 del Código Contencioso Administrativo, que conoce privativamente "10) de los re-

cursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta".

De lo cual parece indiscutible que el legislador Colombiano, para determinar competencia, adoptó el criterio de la naturaleza de la actividad desplegada por la entidad pública y no el de la forma como esa actividad aparece ejercida. Si es de derecho privado, corresponde a la jurisdicción ordinaria; si, por el contrario, se trata de una actividad de derecho público, el asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa, sin que importe la forma que haya adoptado.

Este criterio lo confirmó el legislador de 1964, puesto que mediante los artículos 30 y 32 del Decreto 528 adscribió expresamente a la jurisdicicón contenciosa-adminis— trativa (Consejo de Estado y tribunales administrativos, según la cuantía), las controversias por "actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho" de las administraciones nacional o seccionales.

4ª) Singularmente, las controversias surgidas entre los particulares y las administraciones Nacional, departamentales o municipales, el legislador Colombiano tradicionalmente las ha adscrito a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, los artículos 35 y 54 del Código Contencioso establecían como atribución del Consejo de Estado, en segunda instancia, y de los tribunales administrativos, en primera, "las cuestiones suscitadas entre el Estado y los particulares sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales". Criterio este que confirma el Dto. 528 de 1964, puesto que al determinar las funciones de los tribunales administrativos, dice que ellos conocen, en primera instancia, "de las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos".

5ª) La consagración de la competencia indicada, trajo como consecuencia obvia y natural el establecimiento en el Código Contencioso Administrativo (Título III) de los procedimientos para la revisión de los impuestos, cuya finalidad esencial radica en el examen por la jurisdicción correspondiente del acto administrativo de liquidación, para establecer, en últimas, si ésta se encuentra o no conforme con las prescripciones que la ley tributaria determina para el caso específico que se controvierte.

Ocurre, empero, que como muy a pesar de su carácter público el derecho tributario está intimamente relacionado con el privado, no serán infrecuentes los casos en que la jurisdicción contencioso-administrativa, para la correcta aplicación de aquél, tenga que auxiliarse de éste. Para advertir si la liquidación impositiva que se revisa es legítima o ilegítima, si en ella la ley tributaria se aplicó en debida forma o erróneamente, muy a menudo se verá impulsado ese juzgador a tomar normas de derecho civil, por ejemplo, por ser éstas las que definen ciertos fenómenos jurídicos que precisa determinar en su misión de saber si el monto de la obligación tributaria impuesta al contribuyente debe reducirse, o si se le debe eximir totalmente de ella.

Mas, de que ello sea así no puede seguirse, como aquí lo pretende el recurrente, que la controversia suscitada entre el particular y el Estado pierda su carácter público y asuma uno privado, y que, por tanto, su decisión corresponde a la justicia ordinaria. La génesis de la contención en tales supuestos sigue ubicándose exclusivamente en la inconformidad del particular con un acto de la administración.

6ª) Si bien es cierto que en el caso aquí litigado los demandantes no piden directamente la revisión del impuesto de renta liquidado a la sucesión de su causante, sino la condena a la Nación a restituirles el que pagaron "por error", no lo es menos que, para decidir si la ley tributaria fue erróneamente aplicada en ese caso, se hace absolutamente indispensable examinar, a través de normas de derecho civil, el acto administrativo de liquidación.

Evidentemente, el pago de lo no debido es fenómeno que define y regula el derecho civil. Tal institución no es sin embargo exclusiva de éste sino que puede darse en otros campos del derecho, como en el comercial, el laboral y en el tributario, sin que ello quiera decir que siempre que el fenómeno

ocurra deba ser conocido por la justicia civil. Si, por ejemplo, el patrono por error hace a un trabajador suyo el pago de una prestación laboral inexistente o carente de causa, es obvio que tiene derecho para repetir lo pagado indebidamente; pero la contención que en el punto se presenta entre éste y aquél debe ser conocida por la justicia laboral. De igual manera, cuando el contribuyente paga por error al Estado un impuesto que carece de causa legítima, aquél tiene derecho para que éste le restituya lo pagado indebidamente; pero la controversia que al respecto se presente entre ellos tiene que ser conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Aceptar la tesis que propugna el recurrente significaría, ni más ni menos, afirmar que en el evento de liquidación ilegal de impuestos queda a la discreción del contribuyente acudir a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo o a la civil; a aquélla para pedir la revisión del impuesto liquidado; o a ésta para repetir lo pagado por error. Y esta dualidad de jurisdicciones para obtener a la postre la misma e idéntica finalidad, pugnaría abiertamente con las normas reguladoras de la Administración de Justicia, a más de que, elegida por el contribuyente la segunda, quedarían sin aplicación alguna los términos y los procedimientos que para la revisión de los impuestos establece el derecho público.

7ª) Corolario de las precedentes consideraciones es el de que los cargos que se estudian son infundados, y así habrá de declararlo la Corte.

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 doce (12) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en este proceso.

Se condena en las costas del recurso a los recurrentes, sin que en ellas haya lugar a agencias en derecho por cuanto la Nación estuvo representada por el Procurador Delegado en lo Civil.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Responsabilidad del dueño de las cosas inanimadas. Distintos términos de prescripción de la acción civil. Solidaridad de los responsables. Concurrencia de culpas. Seguros: prescripción de las acciones derivadas de este contrato

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

II

Antecedentes

1. El 27 de enero de 1965 se produjo un violento choque entre dos vehículos automotores en la esquina de la carrera 65 con calle 48 de Medellín, a consecuencia del cual perdió la vida Manuel García Correa y sufrieron graves lesiones su esposa y dos de sus hijos.

2. Uno de tales vehículos, con placas Nº A-1-33-19, de propiedad de Raúl Escobar Restrepo, conducido por Angela Villegas de Escobar, bajaba por la calle 48, y al llegar a la esquina no efectúo el pare reglamentario, ya que la carrera 65 era vía preferencial, lo que imponía el deber de permitir el paso del otro automóvil, con placas Nº RU 6547, que venía por esta última manejado por José García Bustamante.

3. Rosa María Bustamante de García, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Hernán Darío, Rafael Angel, Luis Guillermo, Norelly, Carmen y Luz Helena García Bustamante, cónyuge sobreviviente la primera y los demás hijos legítimos de Manuel García Correa, demandaron a Raúl Escobar Restrepo y a Angela Villegas de Escobar para que solidariamente fuesen condenados a pagarles los perjuicios de todo orden que dijeron haber sufrido con motivo del accidente mencionado, y las costas procesales.

4. Como fundamentos de hecho de sus pretensiones, además de lo relatado en los puntos 1º y 2º y de invocar las calidades mencionadas en el punto 3º, los demandantes manifestaron en síntesis que todos ellos dependían económicamente del occiso, quien atendía a todas sus necesidades con amplitud y holgura con el producto de su trabajo de comerciante en granos en el norte del Departamento; que el accidente obedeció a culpa de Angela, conductora del vehículo que lo produjo; y que éste era de propiedad de Raúl.

5. Los demandados dieron respuesta al libelo en forma separada y de manera un tanto reticente. En todo caso, negaron la mayoría de los hechos y la culpa que se atribuye a Angela en la ocurrencia del insuceso; esta última dijo ser cierto que al producirse el choque ella conducía el automóvil de propiedad de su marido; y finalmente, propusieron las siguientes excepciones: "Prescripción de la acción", "cosa juzgada", "Inexistencia del vínculo del demandado (Raúl) respecto de los demandantes", "compensación de culpas", y "caso fortuito" (Angela).

6. Surtióse la primera instancia ante el juzgado 7º Civil del Circuito de Medellín, durante la cual se allegaron las numerosas pruebas aducidas por las dos partes litigantes, las que también hicieron amplio uso de su facultad de alegar de conclusión. En la sentencia original y en la complementaria, se despacharon favorablemente las súplicas formuladas por la parte demandante; sinembargo, se declaró probada la excepción

de compensación de culpas propuesta por Angela, y como consecuencia se redujo la condena al pago de perjuicios materiales y morales en un veinte por ciento; se declararon no probadas las demás excepciones alegadas por los demandados; por prescripción de la acción respectiva, se eximió de responsabilidad a la "Suramericana de Seguros", que había sido llamada en garantía por Raúl; y se condenó a éste al pago de las costas causadas en favor de dicha compañía.

7. Como consecuencia de la apelación que contra tal sentencia interpusieron ambas partes, llegó el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que en su fallo del 9 de diciembre de 1975 la revocó y en su lugar declaró probada la prescripción "extintiva de la acción civil, propuesta esta excepción por la parte demandada" y, por lo tanto, la declaró sin ninguna responsabilidad por razón de los "daños y perjuicios sufridos por los demandantes en el accidente" que dio origen al proceso.

8. Conoce ahora la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la mencionada sentencia del Tribunal y procede a decidirlo por estar agotada y debidamente surtida la tramitación legal del caso.

III

Motivación del fallo impugnado

El Tribunal comienza por transcribir en lo pertinente y sintetizar las súplicas de la demanda, sus fundamentos de hecho, la actuación surtida y la decisión objeto del recurso. Hace breve recuento de las pruebas allegadas y estudia también y encuentra demostrados los presupuestos procesales, la validez de todo lo actuado y la legitimación en causa, por activa y por pasiva, de las partes litigantes. De la motivación que por estos aspectos trae la sentencia impugnada, se deduce sin lugar a duda que el fallador de segundo grado considera plenamente acreditados en este caso los elementos esenciales que configuran la responsabilidad civil por culpa aquiliana. Concretamente en cuanto a Angela, dice que se deriva de que ésta, "en forma imprudente y descuidada, sin observar las señales, normas y reglamentos de tránsito, conducía el vehículo de placas A-133-19, a tal punto de que a pesar de que transitaba por la calle 48, al llegar al crucero con la carrera 65 no marcó parada, no suspendió la marcha para que los vehículos que hacían su recorrido por la carrera 65 pudieran avanzar sin obstáculo, sino que, imprudentemente arremetió sobre la carrera, colisionando con el vehículo en que viajaban los demandantes, atropellándolo en tal forma que lo volteó y por ello se produjeron las consecuencias de desastre, de daños y de gravísimos perjuicios para éstos que detalla el informativo".

Más adelante, al referirse a la responsabilidad de Raúl Restrepo, afirma el Tribunal que ella proviene de que según la ley "el propietario de la cosa que daña está obligado a reparar los perjuicios correspondientes".

No obstante lo expuesto, el sentenciador expresa que en el caso sub judice no hay lugar a declarar la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, en consideración a que, según lo dispuesto por el artículo 2358 del Código Civil, la acción correspondiente está prescrita.

Para respaldar esa conclusión, afirma que de autos resulta que, como consecuencia del accidente en cuestión, se inició un proceso penal contra Angela Villegas de Escobar, por los delitos de homicidio y lesiones personales, de que conoció el Juez 2º Superior de Medellín, y que en dicho proceso "después de una serie de gestiones investigativas se ordenó la prescripción de la acción penal (se subraya), habiéndose frustrado el objetivo de este juicio, o sea que no fue posible la imposición de la pena respectiva a la imputada". El Tribunal considera, en desacuerdo con el juzgado de primera instancia, que en estos casos no se aplica la norma general de prescripción ordinaria de la acción establecida para la responsabilidad civil extracontractual, sino la especial que consagra el artículo 2358, "dado que se trata de un fenómeno prescriptivo específico que, por serlo, tiene y debe dársele preferentemente aplicación".

"Y además —agrega a reglón seguido— porque el artículo 2358 citado no condiciona la operancia de la prescripción extintiva de la acción civil que allí consagra, al hecho o circunstancia de que a la persona responsable del delito o culpa que originó el daño se le hubiera impuesto pena por el juez del

crimen. Es decir, no es necesario para que tenga vigencia la prescripción del artículo 2358 del C. C. que al imputado del delito o culpa de donde provinieron los daños cuya reparación reclama el demandante, se le hubiere condenado penalmente, llegándosele a señalar sanción penal. El precepto a que se alude, solo establece como postulado de su aplicación que el efecto dañoso sea punible penalmente tal como ocurre cuando del accidente de automotores quedan como consecuencia homicidios, lesiones personales de sujetos que viajaban o que eran desplazados en dichos vehículos. Y en esta situación ... la prescripción de la pretensión reparatoria civil se consuma dentro del término que la ley penal sustantiva señala para la prescripción de la pena principal, artículo 2358 C. C., o sea ... la que corresponde al homicidio culposo, que, según esa ley penal, artículo 370, tiene una pena máxima imponible de cuatro años de prisión... Entonces, la acción civil para la cuestión en estudio tiene como término de prescripción extintiva el de ocho años que, contados desde el 27 de enero de 1965, cuando se presentó el accidente, vino a consumarse el 28 de enero de 1973; y como la demanda (en este proceso) fue elevada o suscrita el 11 de marzo de 1974, más de un año después de haberse consumado la prescripción extintiva de la acción civil, debe y tiene que declararse así ... pues fue propuesta oportunamente por la demandada Angela Villegas de Escobar".

Por último, en cuanto al demandado Raúl Escobar, el Tribunal halla igualmente demostrada la prescripción que consagra el segundo inciso del artículo 2358 del C. C., por cuanto su responsabilidad, dice, "es simplemente civil como propietario del vehículo que conducía su consorte el día del insuceso ... y como que había puesto dicho vehículo al servicio y beneficio de su familia".

III

El recurso de casación

De los seis cargos que se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos ellos dentro del campo de la causal primera, se estudian los dos que están llamados a prosperar.

Primer cargo

Se le acusa de violación directa, por aplicación indebida, del segundo inciso del Art. 2358, y falta de aplicación de los artículos 2536, 2341, 2356, 1613 y 1614 del C. C.

El recurrente limita su impugnación en este cargo al pronunciamiento del ad quem que atañe al demandado Escobar Restrepo. Dice que "se ve claramente cómo en la sentencia se comprendió con toda claridad que la acción incoada en contra de este demandado se fundamentó en el hecho de ser el propietario del vehículo con el cual se ocasionaron los daños recibidos por los demandantes".

Para respaldar su aserto, transcribe algunos fragmentos de la sentencia acusada y se extraña, en consecuencia, de que el Tribunal, luego de aceptar que Raúl fue demandado como dueño del vehículo en cuestión y que esta calidad está demostrada en los autos, el ad quem haya concluido que por tratarse de "una responsabilidad simplemente civil" era aplicable la prescripción de corto tiempo que establece el segundo inciso del artículo 2358 del C. C. Esta conclusión, en sentir de la censura, constituye un claro error de juicio en que incurrió el sentenciador, que lo llevó a quebrantar las normas legales que cita en la formulación del cargo, vale decir, indebida aplicación del precepto mencionado y falta de aplicación de los atinentes a la responsabilidad por culpa aquiliana y a la indemnización de perjuicios.

"Establecido, como se da por establecido en la sentencia, —se lee en la demanda de casación— que los daños sufridos por los demandantes tuvieron su origen en la colisión habida entre los vehículos de placas RU 6547 y A-1-33-19, conducido éste por Angela Villegas de Escobar y siendo de propiedad este último de Raúl Escobar Restrepo... y si las acciones de responsabilidad que se deducen contra el propietario de una cosa con la cual se ha ocasionado un daño tienen su origen en '... la falta de cuidado, de atención o de vigilancia del propietario sobre la cosa de que es titular...' resulta evidente y claro que la acción iniciada por los demandantes en contra de Raúl Escobar Restrepo se deriva de sus personales NEGLIGENCIAS, de sus personales FALTAS

DE CUIDADO, de sus personales DEFICIENCIAS, en su calidad de guardían de las cosas animadas que le pertenecen y sobre las cuales tiene el poder de mando, dirección y control, independientemente de nadie más".

Estima, pues, el recurrente, que la responsabilidad civil que se atribuye a Escobar Restrepo es personal y directa, y proviene de su calidad de guardían de la cosa que produjo el daño, de donde concluye que no era del caso aplicar el Art. 2358 en su segundo inciso, que regula un tipo de responsabilidad diferente, como lo es la indirecta por razón de los daños que ocasionan las personas que se hallan bajo el cuidado y vigilancia de otras.

Se considera

1. La Corte, en sentencia del 18 de noviembre de 1940 (L, pág. 440), varias veces reiterada, al resumir la doctrina sobre la culpa extracontractual de que trata el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la dividió en tres grupos, a saber: "El primero, constituido por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi-delictual del hecho personal; el segundo, formado por los Arts. 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. En sentencia del 12 de mayo de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, pág. 23), se hizo tan importante distinción y de ese fallo son los siguientes apartes: 'Cada uno de esos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles; de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo' (se subraya). El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional".

2. Concretamente, en lo que se refiere a la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas, en su sentencia del 18 de mayo de 1972, esta Sala expuso que constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2356 del Código Civil "el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por lo tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa.

"El responsable por el hecho de cosas inanimadas, es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes. Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardían, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se prueba lo contrario.

"De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario— pues aún cuando la guarda no es inherente al dominio, si hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario.

"O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener" (CXLII, pág. 188)

3. De lo que se deja expuesto, se concluye fácilmente que el Tribunal no estuvo acertado al declarar probada en este caso la prescripción que consagra el segundo inciso del artículo 2358 del C. C., en lo que atañe al demandado Escobar Restrepo. En efecto, no obstante haber considerado que éste era el propietario del vehículo que causó el accidente, en lugar de reconocer su responsabilidad como tal, le dio el tratamiento jurídico propio de la responsabilidad por el hecho de las personas que están al cuidado de otros y le aplicó indebidamente el segundo inciso del artículo 2358 del C. C., que establece una prescripción de corto tiempo (3 años) únicamente para este tipo de responsabilidad. "La acción para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes se debe responder —ha dicho la Corte— prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2358". (LII, pág. 194).

4. A pesar de haber partido de esa premisa exacta (que Escobar era el dueño del vehículo que causó el accidente), sacó la conclusión caprichosa y equivocada de estimar que su responsabilidad se derivaba de que tal insuceso provino de una actividad personal de Angela Villegas de Escobar. Consideró, pues, implícitamente —ya que en la sentencia nada se dice a ese respecto y, lo que es más grave, sin estar probado en los autos que Angela sea la esposa de Raúl— que se trataba de la responsabilidad indirecta que contemplaba el inciso cuarto del artículo 2347 (el marido es responsable de la conducta de su mujer), norma del todo impertinente para el caso que se contempla porque Raúl Escobar fue demandado como dueño del vehículo que causó el accidente.

5. Así las cosas, el fallador incurrió en el yerro in judicando que le atribuye la censura, con violación de las normas sustanciales que se mencionan en el cargo, por lo cual éste debe prosperar.

Sinembargo, al tenor de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 375 del C. de P. C., antes de proferir en instancia el fallo que haya de reemplazar el del Tribunal, la Corte debe estudiar el cargo quinto, que versa sobre otra resolución de la sentencia impugnada que no está comprendida en la acusación que se acaba de considerar.

Quinto cargo

Se acusa la sentencia del Tribunal, por la vía directa, de haber aplicado indebidamente los artículos 2358, inciso primero, del C. C., y 108 y 370 del Código Penal, y por indebida aplicación de los Arts. 2341, 2356 y 2536 del C. C., y falta de aplicación de los Arts. 1613 y 1614 del C. C. Al sustentar su acusación, el recurrente comienza por transcribir diversos pasajes de la sentencia, en los que aparece con toda claridad que a juicio del Tribunal, que la censura comparte, en este caso están presentes todos los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual personal y directa de la demandada.

La decisión impugnada —afirma— obedeció entonces a que el Tribunal declaró probada la excepción de prescripción de la acción civil, no obstante que Angela la propuso extemporáneamente y a pesar de que el supuesto de su responsabilidad civil invocado en la demanda no fue la infracción penal que dio origen al sumario que contra ella cursó en el juzgado 2º Superior de Medellín, sino la culpa civil "probada en el proceso, que da origen a la obligación civil de indemnizar. Este último caso —agrega—, el de autos, se rige íntegramente por el artículo 2536 del C. Civil, el cual determina una prescripción de veinte años para la acción ordinaria".

Se tiene en cuenta

En el Campo de la responsabilidad civil de que trata el Título 34 del Libro 4º del C. C., los derechos y las acciones tendientes a la reparación del daño obviamente están sujetos a extinguirse por cualquiera de los modos que enumera el artículo 1625 ibídem, y entre ellos la prescripción.

El término de prescripción de las acciones tendientes al resarcimiento del daño en la responsabilidad por culpa aquiliana no es igual en todos los casos. Depende de la naturaleza del hecho que lo haya causado, así:

I) Cuando el hecho ilícito es obra de persona que se halla bajo el cuidado o la dependencia de otra, la prescripción en favor de ésta (tercero responsable) actúa en tres años a partir del momento en que se produjo el hecho nocivo, según lo dispone el segundo inciso del artículo 2358 del C. C.

II) Si el daño proviene de las cosas animadas o inanimadas o de un hecho propio de la persona responsable no constitutivo de delito o culpa punible, o sea no delictuoso desde el punto de vista penal, la prescripción está sujeta a las normas generales de la ley civil (Arts. 2535 y 2536 del C. C., 1º de la Ley 50 de 1936), es decir, se consuma a los veinte años de ocurrido el hecho que lo produjo.

III) Otro tanto ocurre cuando el hecho nocivo, aunque se le considere penalmente delictuoso, no haya dado lugar a proceso penal. Se trata de un hecho civilmente ilícito, por violación de la norma neminem laedere, y la acción indemnizatoria correspondiente es autónoma y se sujeta igualmente a las normas generales sobre prescripción establecidas por el Código Civil.

IV) Si el hecho que produjo el daño dio lugar a un proceso penal, porque se estimó que podía ser constitutivo de infracción, y éste no culminó con sentencia condenatoria

por cualquier causa, v. gr., porque se declaró prescrita la acción penal (como ocurrió en el caso sub judice), en tal evento no es aplicable en modo alguno el primer inciso del Art. 2358 del C. C., ni el Art. 101 del C. P., los cuales suponen necesariamente una sentencia condenatoria a una pena, precisamente por haberse declarado que el suceso objeto de la investigación era constitutivo de delito y que el procesado fue el responsable. En este caso, pues, se aplican las normas generales del C. C.

V) Finalmente, si el perjuicio se produjo como consecuencia de delito intencional o culposo, penalmente punible, declarado tal en el proceso penal respectivo, la prescripción estaría regulada por los artículos 101 del C. P. y por el primer inciso del citado artículo 2358 que, en su orden, dicen: "La extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el C. C." y "las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal".

En vista de que el cargo en estudio versa primordialmente sobre la prescripción de la acción civil para el resarcimiento de los daños causados por un hecho propio de la demandada, que fue materia de un proceso penal, conviene hacer algunas reflexiones sobre tan importante tema.

Cuando se comete un hecho previsto como infracción en la ley penal, su autor está amparado por una presunción legal de inocencia que lo acompaña a todo lo largo del proceso penal a que ese hecho haya dado lugar, y está protegido también por el principio in dubio pro reo, que consagra el Art. 216 del C. de P. P. Esa presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se ejecutoríe la sentencia condenatoria contra él, para cuyo efecto es indispensable, según el Art. 215 ibídem, que en el proceso respectivo obren, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio, es decir, de que el hecho que se le imputa es constitutivo de delito, y la de que el procesado es penalmente responsable de tal infracción. Sólo en este momento puede saberse que ese hecho cometido por el procesado es un ilícito punible, y además de imponérsele la sanción que corresponda según la ley, debe condenársele a indemnizar los daños y perjuicios causados.

En cualquier estado del proceso penal están llamados a solicitar el resarcimiento del daño producido por la infracción, la persona o personas perjudicadas y sus herederos o sucesores (Arts. 24 y 125 ibídem), caso en el cual la acción civil respectiva es accesoria de la penal. Con todo, esa acción civil "no podrá intentarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa". (Art. 30). Ya en el año de 1917 (XXVI, pág. 62) la Corte había dicho en este caso que la acción civil es accesoria de la penal.

Sobre la indispensable base, pues, de que el proceso penal haya culminado con sentencia condenatoria contra el procesado, porque se demostró en forma plena que el hecho que cometió es constitutivo de delito y que él fue responsable, el mismo juez penal debe proveer sobre la indemnización a que son acreedoras las personas perjudicadas, condenando, aún oficiosamente, al pago de todos los perjuicios causados (Art. 92 del Código Penal).

Si después de proferida la sentencia ocurriere la muerte del condenado, se extinguirán sus efectos penales, según lo dispone el Art. 100 del C. P., lo cual "no impedirá que se lleve a cabo el comiso ni que se haga efectiva la indemnización de perjuicios sobre los bienes del causante".

Conviene advertir que según los Arts. 76 numeral 19 y 119 numeral 4º de la Constitución Nacional, cuando se conceden amnistías o indultos por delitos políticos, no por ello se extingue la responsabilidad civil proveniente del delito, y que en el caso de que el favorecido hubiere sido eximido por la ley correspondiente de dicha responsabilidad respecto de particulares damnificados, "el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

A) Cuando en la sentencia penal condenatoria contra el responsable del delito se impuso a éste la obligación de pagar la indemnización civil correspondiente y el perjudicado ha intervenido en el proceso penal en ejercicio de la acción civil, es claro que

tiene que conformarse con la decisión del juez penal.

B) En cambio, si el perjudicado no intervino en el proceso penal, se presenta una disyuntiva:

a) Si se conforma con la condena en concreto del juez penal, la sentencia ejecutoriada presta mérito ejectutivo (Art. 27 C. de P. P.) "ante el juez civil para obtener el pago de la indemnización de perjuicios"; y si acude al proceso ejecutivo, es obvio que no podrá ejercer, además, la acción tendiente a que se le declare que el autor del daño es civilmente responsable y por tanto a que se le condene a resarcirlo.

En este evento, la acción (ejecutiva u ordinaria, en su caso, Art. 2536 C. C.) para el cobro de la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia condenatoria dictada en el proceso penal, está sujeta en cuanto a su prescripción a lo que dispone el artículo 2536 del C. C., debiendo contarse los términos extintivos a partir de la ejecutoria de la sentencia respectiva. Así lo dispone claramente el artículo 101 del C. P., cuando dice: "La extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el Código Civil";

b) Si el perjudicado no se conforma con la sentencia condenatoria proferida por el juez penal en lo atinente al monto de indemnización de los perjuicios, el artículo 27 del C. de P. P. lo faculta para ejercer ante el juez civil la acción tendiente a lograr el resarcimiento de tales perjuicios. En el proceso civil en que ejercite esta acción, ya no podrán ponerse en duda la existencia del hecho y la responsabilidad del condenado, según lo dispone el artículo 28 ibídem. Desde luego, el perjudicado perderá el derecho de pedir la ejecución de la sentencia penal en lo relativo a la indemnización (Art. 27 ibídem).

Surge aquí el problema de determinar cuándo se consuma la prescripción de la acción civil que se comenta. Según el citado artículo 101 del C. P., como quedó dicho, "la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el C. C". A cuáles normas de este estatuto remite la disposición transcrita? A las generales de 20 años previstas por los artículos 2536 y 1º de la Ley 50 de 1936, o a la especial de que trata el primer inciso del artículo 2358?

De aplicar las normas generales del C. C., la acción se extinguirá por prescripción a los veinte años contados a partir del momento en que se produjo el hecho nocivo. En cambio, si se aplicara la norma especial del artículo 2358 inciso 1º, habría que tener en cuenta la pena que se impuso al condenado y el término prescriptivo comenzaría a contarse desde el momento de la ejecutoria de la sentencia penal. En verdad, los preceptos legales mencionados no permiten dilucidar fácilmente la cuestión propuesta.

Se examinan en seguida, por separado, las dos posibles interpretaciones que podrían hacerse de los citados artículos 2358 inciso 1º del C. C. y 101 del C. P.

Primera. El artículo 101 del C. P. remite al inciso 1º del 2358 del C. C.

La prescripción de la pena principal a que se refiere el artículo 2358 está regulada por el artículo 108 del C. P., y oscila entre tres años como mínimo y treinta como máximo, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que la impone.

Cual sea la duración de la pena que se impone al procesado de un delito, es cuestión que sólo cabe señalar en la sentencia del proceso penal. Al efecto deben tenerse en cuenta diversos factores, tales como la naturaleza del delito y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que señalan los artículos 37 y 38 del C. P. La pena máxima es la de presidio de uno a veinticuatro años (Art. 45), que sólo puede aplicarse cuando concurren circunstancias de mayor peligrosidad (Art. 39), caso en el cual la prescripción es de treinta años (Art. 108).

La aplicación literal del artículo 2358 del C. C., en esta primera hipótesis, daría lugar a que se presentasen situaciones que seguramente escapan al deseo del legislador y que en todo caso no se compaginan con una sana hermenéutica jurídica. En efecto:

a) La acción civil derivada de un delito por el cual se haya impuesto una pena privativa de la libertad mayor de veinte años, prescribiría en treinta, siendo así que el Art. 1º de la Ley 50 de 1936 redujo "a veinte el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de

dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc.". (se ha subrayado). Adviértese desde ahora que el Código Penal (Ley 95 de 1936) es posterior a la Ley 50 del mismo año;

b) El expositor Bernardo Gaitán Mahecha (Curso de Derecho Penal General, 1ª ed. Bogotá 1963, Ediciones Lerner), al comentar los artículos 101 del C. P. y 2358, inciso 1º del C. C., se expresa así: "en efecto, por una rara circunstancia se operó ese envío de la ley penal a la ley civil y el reenvío de ésta o aquélla. Se explica que la ley penal remitiera a la civil por tratarse de un problema atañadero a la regulación del derecho privado; pero no tiene sentido el reenvío de la ley civil a la penal para fijar el término de la prescripción dentro de los mismos términos de la pena.

"... Realmente, el instituto de la prescripción de la acción civil tal cual aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es inaplicable, porque no es posible determinar al agotamiento del derecho de acción, con base en la pena, ya que ésta en cuanto al efecto prescriptivo sólo comienza con la sentencia condenatoria; y tendríamos entonces que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito hasta la sentencia no se tendría en cuenta con respecto a la acción civil; y cuando la sentencia fuese absolutoria, no habría medida alguna para la prescripción de la acción civil, faltando la determinación precisa de la pena imponible". (págs. 286 y 288);

c) Otro expositor nacional, Gustavo Orjuela Hidalgo, (Conferencias de Derecho Procesal Penal, páginas. 45 a 47 citado por Gaitán), se refiere también al reenvío en comento en la siguiente forma: "Interminables nos haríamos de intentar la enumeración de todos los problemas que sugiere la dilucidación del punto que venimos estudiando: cuándo y en qué termino se cumple la prescripción de la acción civil de indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; y largo sería el mostrar todos los incovenientes y absurdos que se presentan al tratar de dar aplicación concreta a las normas legales, hoy vigentes sobre la materia. Y como, por otra parte, no hemos logrado encontrar una solución satisfactoria y no nos pesa el decirlo, ni queremos callarlo, sólo nos resta encarecer la urgencia de que se proceda a una revisión legislativa de estas disposiciones, o de que alguien nos indique el camino para interpretar las actuales en forma que no se presenten obstáculos tan graves como los que se han sugerido. No sobra advertir que las actas de la Comisión Revisora del Código Penal no contienen alusión alguna a estos problemas, pues en ellas consta que el Art. 101 del Código Penal se aprobó por unanimidad y sin discusión ni análisis algunos, muy satisfechos los comisionados —al parecer— con ignorar o tratar de ignorar las repercusiones de su aprobación";

d) En estas condiciones, si se hubiese penado el autor del hecho perjudicial, sería menester aplicar lo dispuesto en el artículo 101 del C. P., según el cual la "extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el Código Civil", cuyo artículo 2358, en su primer inciso, a su vez remite la cuestión al Código Penal, es decir, a que se tenga en cuenta la pena principal impuesta al responsable del delito. Es inaceptable, por ilógico, pensar que el Legislador de 1936, al consagrar la disposición arriba transcrita, quiso someter la prescripción de la responsabilidad ,civil, en estos casos, a un reenvío interminable entre los citados artículos 101 del C. P. y 2358 del C. C., que en últimas la dejaría sin resolver. Esta hipótesis debe rechazarse por contraria a la hermenéutica;

e) Igualmente resulta inaceptable, de aplicar el primer inciso del artículo 2358 tantas veces citado, que si en el proceso penal se impusiese la pena mínima que prevé el Código del ramo, la prescripción de la acción civil reparatoria del daño pudiese ser inferior a la que originaría ese mismo hecho nocivo como ilícito meramente civil.

La Corte considera absurda la interpretación de un precepto legal que conduzca tanto a que el término de prescripción de cualquiera acción civil pueda exceder de los veinte años que señala el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, como a que ese término pueda ser inferior al de veinte años que consagra ese mismo precepto, para todas las prescripciones civiles, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley. Con el criterio atrás expuesto se evitan las situaciones que con razón censuran los expositores antes mencionados.

Debe agregarse, por vía de doctrina, que el Tribunal confundió la prescripción de la acción penal con la prescripción de la pena principal a que se refiere el artículo 2358. Esta última prescripción supone, como atrás quedó dicho, que se haya dictado sentencia penal condenatoria y el término respectivo comienza a contarse a partir de la ejecutoria de tal sentencia. En cambio, la prescripción de la acción penal comienza a correr "para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación; para las tentativas y delitos frustrados, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución, y para las infracciones continuas, desde el día en que se verificó el último acto" (Art. 106 C. P.). Esas dos clases de prescripción son fenómenos jurídicos distintos y claramente especificados en el Código Penal, y, por consiguiente, el Tribunal erró al haberlos confundido. En similar yerro incurrió la Corte en sentencias del 19 de agosto de 1941 y del 10 de julio de 1942 (LII, pág. 194 y LIV, pág. 28), error que, por ese aspecto únicamente, fue rectificado luego en fallos del 23 de julio de 1957 (LXXXV, pág. 961) y del 30 de junio de 1962 (XCIX), pág. 99), y lo es ahora nuevamente.

Además, en el asunto sub judice, el Tribunal de Medellín, sin competencia alguna para ello, partió de las premisas arbitrarias y caprichosas de que el delito por el cual se instauró un proceso penal contra la demandada era simplemente culposo y que contra ella sólo militaban circunstancias de menor peligrosidad, de suerte que computó el término de prescripción de la acción civil no sobre la pena impuesta, que no la hubo, sino sobre la pena imponible en esos casos. Sólo el juez penal competente podía hacer en la sentencia esas calificaciones y de acuerdo con ellas señalar la pena correspondiente.

De todo lo que se deja expuesto se concluye que, aún admitiendo en gracia de discusión que estuvira en vigor el primer inciso del artículo 2358 del C. C., enfrente del artículo 101 del C. P., no sería aplicable en el presente caso, porque en realidad, según lo entiende la Corte, al no haber concluido con sentencia condenatoria el proceso penal que se siguió contra la demandada, no hubo imposición de pena, ni puede decirse que el hecho que originó ese proceso fue un ilícito punible, ni por tanto habría manera de computar la prescripción extintiva en la forma que establece dicho artículo 2358.

Segunda. El artículo 101 C. P., remite al 1º de la Ley 50 de 1936.

Dentro de elementales principios de hermenéutica, debe admitirse que lo que dispone el artículo 101 del C. P., al remitir la cuestión al Código Civil, no puede ser cosa distinta que someter la prescripción de la acción civil tendiente a la indemnización de los daños causados por un delito penal, no al primer inciso del artículo 2358, sino a las normas generales de prescripción extintiva que contiene el C. C. En otras palabras, que el término en que se consuma es el de 20 años que señala el artículo 1º de la Ley 50 de 1936 para todas esas prescripciones, contado a partir del momento en que se produjo el daño. Este el verdadero sentido del artículo 101 del C. P. y el único que evita situaciones como las que por vía de ejemplo se dejaron planteadas anteriormente.

En esta forma debe concluirse que el Art. 101 del C. P. derogó tácitamente el primer inciso del artículo 2358 del C. C., porque el ordenamiento que éste contiene no puede conciliarse con lo dispuesto en aquél, y al tenor del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, se estima insubsistente una disposición legal "por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores", que es justamente lo que ocurre en el caso que se comenta.

Recuérdese que el Código Penal (Ley 95 de 1936) es posterior a la Ley 50 del mismo año, lo cual indica que el legislador que adoptó ese Código quiso sujetar todo lo atinente a la prescripción de las acciones civiles que surgen de delito penal a las normas generales que consagra el Código Civil, y en cuanto al término respectivo, a los 20 años que estableció la Ley 50. Aún aplicando el artículo 2358 inciso 1º del C. C., se llegaría al mismo resultado, puesto que el máximo de la pena prescribe en 30 años según el artículo 108 del C. P., y por el aspecto civil, la citada Ley 50 redujo a 20 todas las prescripciones treintenarias.

Por consiguiente, la acusación prospera, pues a no dudarlo en la sentencia impugnada se quebrantaron los preceptos sustanciales del Código Civil que indica la censura. Debe, pues, casarse la sentencia impugnada y proferirse en instancia la que haya de reemplazarla.

IV

Sentencia de instancia

No merecen reparo las consideraciones del juez de primer grado acerca de que, por estar satisfechos los presupuestos procesales y por hallarse la actuación libre de vicios, es procedente dictar fallo de mérito. Otro tanto ocurre en cuanto a la legitimación en causa de las partes. La demandante está integrada por la viuda de Manuel García y sus legítimos hijos Carmen, Luz Elena, Hernán Darío, Rafael Angel, Luis Guillermo y Norelly, cuya calidad de tales está demostrada con las respectivas partidas de estado civil que oportuna y debidamente se allegaron a los autos. La demandada, por Raúl Escobar Restrepo y Angela Villegas de Escobar, propietario y conductora, en su orden, como ellos mismos lo confesaron, de uno de los vehículos que sufrieron el choque en el área urbana de Medellín el 27 de enero de 1965.

El accidente se produjo en el momento en que Angela bajaba por la calle 48, en dirección este-oeste, conduciendo una camioneta Ford. Nº A.13319, acompañada de su menor hijo Alberto, y por la carrera 65 avanzaba un vehículo Willys Nº RU-6547, conducido por José García, en el que viajaban Pedro Luis y Manuel García, y Rosa Bustamante de García. A consecuencia de esa colisión, Manuel murió en forma instantánea, Rosa María sufrió una incapacidad definitiva de 30 días, Angela resultó gravemente herida, Alberto recibió lesiones, y ambos vehículos quedaron considerablemente averiados. Estos hechos aparecen plenamente establecidos con el abundante material probatorio que allegaron ambas partes, con la partida de defunción y la necropsia de Manuel, y además no han sido discutidos en el proceso.

Rosa y sus hijos arriba mencionados pretenden que Raúl y Angela les indemnicen solidariamente de los perjuicios materiales sufridos con ese motivo, ya que Manuel atendía con el producto de su trabajo a las necesidades económicas de una y otros, y los morales derivados de la pena "de saberlo muerto en tan dolorosas condicioness, en una vía pública". Invocan, pues, en apoyo de su pretensión, la responsabilidad civil aquiliana que le atribuyen a los demandados en la ocurrencia del accidente de que se trata.

De los elementos esenciales que configuran ese tipo de responsabilidad y la consiguiente obligación de resarcir por los perjuicios, están plenamente demostrados el daño y la relación de causalidad. Aquél, por el aspecto material, con las declaraciones testimoniales de José Alcides Cañas Arroyave, Juan de la Cruz Gallego García y Eduardo Bustamante Arango, rendidos dentro del proceso (C. Nº 2 fls. 34 a 36), según las cuales Manuel García trabajaba como comerciante en Valdivia y obtenía utilidades que calculan entre diez y doce mil pesos mensuales, en promedio, con las cuales atendía a las necesidades de su esposa y de sus hijos. El daño moral subjetivo o pretium doloris, según invariable doctrina de la Corte, se presume en estos casos, dados los estrechos vínculos que ligaban a la víctima con su esposa y sus hijos legítimos.

La relación de causalidad entre el choque automoviliario y las graves consecuencias que produjo no admite la menor duda. El copioso acervo probatorio que obra en el proceso la acredita plenamente, sin que sobre agregar que las partes no la han discutido. Su discrepancia radica primordialmente en el factor culpa, pues ambas se la atribuyen en forma recíproca, con el carácter de exclusiva; los demandantes, para lograr la totalidad del resarcimiento que solicitan, y los demandados, para quedar exonerados totalmente también de la responsabilidad que se les atribuye y de la consiguiente pretensión indemnizatoria de aquéllos.

Como se vio al despachar el cargo primero, la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que cuando el daño proviene de las cosas inanimadas, se presume la culpabilidad de su dueño, como guardián de las mismas, y que lo propio ocurre cuando ha sido producido como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa, dentro de la cual se encuentra la conducción de vehículos automotores. Ambos demandados están sometidos a esa presunción de culpabilidad; Raúl, como dueño del vehículo, y Angela, como conductora del mismo. (Art. 2356).

De lo expuesto resulta que los demandados son civilmente responsables de los daños que el insuceso de que se trata causó a los demandantes y que esa responsabilidad es

solidaria al tenor del Art. 2344 del Código Civil.

Ciertamente los dos vehículos estaban en movimiento cuando ocurrió el choque, por lo cual la presunción de culpabilidad de que se trata no se destruye sino que debe ser aplicada a ambos, porque siendo igualmente peligrosas las actividades de conducción de dos vehículos automotores, empleando palabras de esta Corporación, la presunción "no rige exclusivamente para la parte demandada sino que se presume en ambas partes la culpa" (LIX, pág. 1062).

En estas condiciones, sólo resta por estudiar si en el presente caso se ha demostrado alguno de los únicos factores de exoneración de ese tipo especial de responsabilidad, vale decir, si el accidente ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito, o se debió a culpa exclusiva o concurrente de la víctima.

En los autos no se vislumbra siquiera prueba alguna de que la ocurrencia del choque hubiese sido imprevisible o irresistible. No hubo, pues, fuerza mayor o caso fortuito.

La luz que arroja el elenco probatorio es la siguiente: según el croquis de la forma como ocurrió el accidente (C. Nº 2 fl. 9), el vehículo que manejaba Angela chocó con el que ocupaban las víctimas, y ella confesó además en la declaración de parte a que fue sometida el 16 de octubre de 1973 (C. Nº 2 fl. 4 v), y lo había manifestado también en la diligencia de reconstrucción del accidente practicada el 18 de julio de 1965 (C. Nº 2 fl. 12), que no había transitado por ese barrio de Medellín en automóvil antes de la fecha en que ocurrió el suceso; que ese día viajaba por la calle 48 o Avenida Pichincha, convencida de que por llamarse Avenida tenía vía de preferencia; y que al llegar a la esquina de la carrera 65 apenas disminuyó "un poco la velocidad pero seguí derecho sin mirar a ninguna parte porque creí tener la vía...".

Angela estaba obligada a detener la marcha de su automóvil al llegar a la esquina, como lo disponen los reglamentos de circulación (Resolución Nº 1 de 1964 de la Dirección de Tránsito de Antioquia C. Nº 2 fl. 32), los cuales violó flagrantemente, aunque la señal de "pare" que allí había estuviera un poco borrosa, según se lee en el acto de la diligencia varias veces citada (C. Nº 2 fl. 15 v), y fue repintada pocos días después (C. Nº 3 fl. 33).

Humberto Saldarriaga, testigo presencial del accidente (C. Nº 3 fl. 13 v), afirma que la mencionada señora iba "muy ligero"; "un poco más rápido de lo normal", dice Ana María Alvarez Arango (C. Nº 3 fl. 88).

Finalmente, el mencionado croquis indica muy a las claras que si Angela hubiese mirado si por la carrera 65 venía algún vehículo (como ocurrió con el de los García), lo hubiera podido divisar 35 metros antes de llegar a la esquina. Todo ello indica la manifiesta imprudencia de su conducta, es decir, la culpa que tuvo en el accidente, la que por otra parte corrobora o reafirma la presunta que pesaba sobre ella como agente de una actividad peligrosa.

El juez de primera instancia creyó encontrar, y así lo declaró en su fallo, que al choque de los vehículos contribuyó la "culpa de la víctima", y en tal virtud aplicó el artículo 2357 del C. C. Ese criterio es equivocado, porque el conductor del vehículo que ocupaban los demandantes es un tercero en este proceso, aunque se haya demostrado que era hijo legítimo de Manuel García Bustamante, es decir, de la persona que murió como consecuencia del choque automoviliario.

En efecto, ese conductor, como él mismo lo manifestó en el proceso y lo respaldó cuando rindió su declaración al presentar al efecto su cédula de ciudadanía, es mayor de edad; declaró además ser el propietario de la camioneta Willys en que viajaban las víctimas del accidente; y por último, no se hizo parte en la reclamación sobre la cual versa esta litis. Ese conductor —dícese de nuevo— no fue víctima del accidente para los efectos del citado artículo 2357. De tal suerte, la excepción que por este aspecto propuso la parte demandada y que declaró probada el juez a quo, carece de todo asidero legal, y con tanto mayor razón si se tiene en cuenta que dicho conductor no era dependiente de ninguno de los demandantes.

Aún admitiendo en gracia de discusión que estuviera probada hasta cierto punto la intervención de la culpa de un tercero para que se produjera el insuceso, ello no es óbice para que se declare la responsabilidad de los demandados, el uno como guardián de la cosa que ocasionó el daño y la otra como

agente directo de la actividad peligrosa que lo produjo.

La posible culpa concurrente del tercero, a quien por serlo no se puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad al autor del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo, a término nos del artículo 2344 del C. C., respecto del cual ha dicho la Corte: "Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, (se subraya), según lo preceptúa el artículo 2344 del C. C., en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes". (LXX, pág. 317 y LXXII, pág. 810). Siendo, pues, solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos. Por este aspecto no hay inconveniente legal para que las pretensiones indemnizatorias de los García se hubieran enderezado únicamente contra Angela y Raúl, en sus calidades varias veces mencionadas.

Por consiguiente, la posible culpa del tercero que conducía el vehículo que ocupaban los que resultaron víctimas del accidente de que se trata, no exonera a los demandados en este proceso de la responsabilidad civil que les incumbe por razón de los daños que sufrieron los demandantes. Pero en todo caso, se insiste, esa eventual culpa concurrente de tercero no permite la aplicación del artículo 2357 del C. C., que equivocadamente tuvo en cuenta el sentenciador de primer grado, de suerte que la excepción de compensación de culpas no prospera. La sentecia apelada debe reformarse en el sentido indicado.

En estas condiciones, los dos demandados deben soportar totalmente el pago de la indemnización que pide la parte demandante, sobre la base atrás expuesta de que los únicos perjuicios resarcibles son en este caso los materiales y los morales subjetivos, pues de los objetivos que tangencialmente menciona el libelo no hay prueba alguna.

La Sala comparte la apreciación del juez a quo en el sentido de que no hay elementos de juicio que permitan señalar la cuantía de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes, derivados del apoyo económico que les prestaba Manuel, sobre la base de que la vida probable de éste fue calculada pericialmente en 13 años más (C. Nº 3 fl.12) en la diligencia de necropsia practicada en el sumario, en la que intervinieron un médico legista y un perito. Sobre ese supuesto, sumado al ingreso mensual que la víctima obtenía en sus negocios, según las declaraciones testimoniales atrás mencionadas, en la ejecución de esta sentencia deberá ser determinada el monto de los perjuicios materiales. Respecto a la indemnización por las lesiones que sufrió Rosa María en la cabeza y como consecuencia de ellas las cicatrices que le quedaron, según reconocimientos definitivos que le practicaron los médicos legistas el 5 de julio de 1965 (C. Nº 3 fl. 163), nada puede proveerse, porque a los autos no se trajo ninguna prueba respecto de los posibles perjuicios materiales que tales daños pudieron haberle acarreado. Tampoco cabe hacer pronunciamiento sobre los daños que sufrió el vehículo en que iban los García, porque éste pertenecía a un tercero, como lo declara su propio conductor José García Bustamante.

Por último, en lo referente a los principios morales subjetivos, dados los estrechos vínculos que ligaban a Manuel García con su esposa y sus hijos demandantes, de acuerdo con la nueva doctrina de esta Corporación (sentencia del 27 de septiembre de 1974, aún no publicada), su cuantía debe fijarse discrecionalmente en el máximo de la cantidad allí determinada, o sea, en treinta mil pesos para cada uno.

En cuanto a las demás excepciones propuestas por la parte demandada, se tiene lo siguiente:

a) Caso fortuito no hubo, como quedó dicho, porque un accidente de la naturaleza del que se ha estudiado en esta sentencia, era perfectamente previsible y evitable. En verdad no se habría producido si Angela hubiese transitado a menor velocidad; si al llegar al cruce se hubiese detenido, así fuese brevemente, a observar si la vía estaba libre; si hubiese efectuado el pare reglamentario en la esquina de la carrera 68, como estaba obligada a hacerlo teniendo en cuenta que ésta tenía prelación sobre lo que ella llevaba; y si antes de llegar al cruce, hubiese mirado si por la otra vía se acercaba algún vehículo. Atrás se dijo que eso habría podido

percibirlo 35 metros antes de llegar a la esquina;

b) Prescripción. No se presenta en este proceso, por las razones expuestas ampliamente al despachar los cargos primero y quinto, las que resultaría redundante repetir ahora.

c) Cosa juzgada. La providencia que decretó la prescripción de la acción penal no configura cosa juzgada en esta actuación, por cuanto se trata de un simple auto que no proveyó sobre el fondo de la responsabilidad penal ni civil de Angela. Dicho en otros términos, en la aludida providencia no se hizo ninguno de los pronunciamientos que señala el artículo 30 del C. de P. P., para que la cosa juzgada penal absolutoria pueda producir efectos en el proceso civil. El Juez 2º Superior de Medellín no declaró en manera alguna que el hecho causante del perjuicio no se hubiese realizado, o que la procesada no lo cometió, ni menos aún que hubiese obrado en cumplimiento de un deber o en legítima defensa;

d) Lo que el apoderado de Raúl denomina "inexistencia del vínculo de obligación del demandado respecto de los demandantes", no solamente está en desacuerdo con las conclusiones a que ha llegado la Corte en esta sentencia acerca de la responsabilidad civil aquiliana a cargo de dicho demandado como dueño del vehículo que causó el accidente, sino que en realidad no constituye una excepción, como invariablemente lo ha sostenido la jurisprudencia respecto de idéntico concepto que algunos denominan "carencia de acción" y que proponen también como excepción de fondo sin serlo. No se trata de un hecho concreto que se opone a las súplicas de la parte demandante, sino de una simple negativa al fundamento jurídico de ésta que, como se ha visto, en el presente caso están llamadas a prosperar.

Las costas deben ajustarse a la proporción en que prosperaron tanto las pretensiones de la parte demandante como el recurso de apelación.

V

Llamamiento en Garantía

Al resumir los antecedentes del proceso se vio que el demandado Raúl Escobar Restrepo llamó en garantía a la "Suramericana de Seguros", en consideración a que el vehículo de su propiedad que causó el accidente estaba asegurado en dicha compañía, entre otros riesgos, por el de responsabilidad civil "a varias personas o daños a propiedades" hasta por un total de $ 20.000.00. Junto con el escrito respectivo presentó la póliza de seguro de vehículos Nº 18061 de fecha 17 de agosto de 1955, el recibo de pago de la prima correspondiente y el certificado de renovación Nº 16219 hasta el 25 de julio de 1965. Recuérdese que el citado accidente ocurrió el 27 de enero de este último año, o sea, durante la vigencia del seguro en cuestión.

Dentro del traslado que al efecto se le corrió, la aseguradora negó tener responsabilidad alguna y propuso las excepciones de prescripción y la que denominó "inexistencia de la obligación", con apoyo en los artículos 1081, 2036 y 2038 del C. C., y además, invocó en su favor la "exclusión pactada en el literal c de la cláusula 10ª de la póliza", que es del siguiente tenor: "10ª RIESGOS NO CUBIERTOS:... c) Cuando ocurra el siniestro directa o indirectamente, inmediata o remotamente, total o parcialmente por ir el vehículo a una velocidad mayor de la reglamentaria; por transitar por vías prohibidas; por llevar vía contraria, o por desatender la señales reglamentarias de tránsito...".

El juez de primer grado declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la Suramericana, con base en las siguientes consideraciones:

"De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, el prescribiente puede atenerse a la ley nueva y en tal caso el tiempo empezará a contarse desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

"El Código de Comercio establece para las acciones que se derivan del contrato de seguro, una prescripción de dos años que se cuentan desde que el interesado (asegurado en este caso) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y otra prescripción extraordinaria de 5 años, que empieza a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho, artículo 1081.

"Como quiera que el Código empezó su vigencia el 1º de enero de 1972 y la demanda a que este juicio se refiere fue presentada el 11 de marzo de 1974, esto es, luego de

pasados dos años de vigencia del código y por tanto del momento de partida para efectos de contabilizar el tiempo de prescripción, hay que concluir que asiste razón a la entidad aseguradora, toda vez que por tratarse de una excepción que se opone al beneficiario del seguro, la prescripción es la ordinaria (de dos años, según el inciso 2º de la disposición a que se alude). Por lo tanto, así habrá de declararse".

Siendo así que Raúl también interpuso apelación contra la sentencia de primer grado y que la Corte está actuando en instancia para los efectos de dicho recurso, debe pronunciarse sobre esa decisión del juez a quo.

Se tiene en cuenta

1. El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 dispone que la "prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la nueva ley hubiere empezado a regir". Tal como viene planteada la excepción de prescripción que propuso la aseguradora, es claro que ésta se acoge a la nueva ley, es decir, al artículo 1081 del Código de Comercio actual, puesto que la establecida por el código anterior —vigente cuando ocurrió el choque automoviliario— era de veinte años (artículos 692 y 958).

La prosperidad de la excepción propuesta, en los términos en que lo fue, depende de que sea la ordinaria o la extraordinaria a que se refiere el artículo 1081 del actual C. de Co. La primera está llamada a prosperar, como se verá más adelante; la segunda no, porque aún no ha expirado el término respectivo.

2. No puede negarse que el artículo 1081 del actual C. de Co., adolece de falta de claridad en su redacción, lo que ha dado lugar a diversas y contradictorias interpretaciones de su texto. Dice así:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

"La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

"La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a correr desde el momento en que nace el respectivo derecho.

"Estos términos no pueden ser modificados por las partes".

3. Está fuera de lugar toda distinción en cuanto a las personas contra las cuales corre la prescripción, según se trate de la ordinaria o de la extraordinaria, y que quiera fundarse en las distintas expresiones usadas en los incisos segundo y tercero de la norma transcrita. En aquél se habla del "interesado" y en éste de "toda persona". Por "interesado" debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1047 son el tomador, el asegurado el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera. Aquellas personas distintas de los interesados carecen de acción, pues el contrato de seguro es para ellos res inter alios acta. Recuérdese, para utilizar un ejemplo pertinente a la especie litigiosa, que según el artículo 1133 "el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece en tal virtud de acción directa contra el asegurador".

4. El término de una y otra prescripción comienza a correr desde momentos distintos así:

a) El de la ordinaria, a partir de cuando el interesado (y ya se vio quiénes lo son) tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, "del hecho que da base a la acción". Este hecho no es, no puede ser otro, que el siniestro, entendido éste, según el artículo 1072 ibídem, como "la realización del riesgo asegurado",o sea del hecho futuro e incierto de cuya ocurrencia depende el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador y correlativamente del derecho del asegurado o beneficiario a cobrar la indemnización (artículos 1045 numeral 4º y 1054 C. de Co. y 1530, 1536 y 1542 C. C.). Nada tiene que ver la acción a que se refiere este texto legal con la "acción ejecutiva" que se desprende de lo que estatuye el Art.

1053, con exclusión de la "ordinaria", pues de lo contrario así lo habría expresado el legislador. En tal caso carecería de sentido el conocimiento real o presunto del siniestro que menciona el citado artículo 1081 (inciso 2º) pues el 1053 (numeral 3º) parte de la indispensable base de ese conocimiento; en caso contrario no se habría presentado la reclamación al asegurador. Cómo presentarla si se ignora la ocurrencia del siniestro?

b) El de la extraordinaria comienza a correr "contra toda clase de personas... desde el momento en que nace el respectivo derecho", expresión ésta que sin duda alguna equivale a la que emplea el segundo inciso del artículo que se comenta. El derecho a la indemnización nace paro el asegurado o para el beneficiario, en su caso, en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro.

La expresión "contra toda clase de personas" debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aun contra los incapaces (artículo 2530 numeral 1º y 2541 del C. C.), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento del siniestro.

El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea, como ocurre con las que aparecen en los incisos 2º y 3º del artículo 1081, acaso para no incurrir en repeticiones o para destacar lo que se expuso respecto de los incapaces en párrafo anterior, pero de todas maneras con ello suscita a primera vista una dificultad de interpretación que queda aclarada fácilmente en la forma que acaba de indicarse.

El término de la prescripción extraordinaria corre, pues, desde el día del siniestro, háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, ya que la suspensión sólo cabe en la ordinaria (Art. 2530 ibídem).

5. En consecuencia, la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C. C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

Pero contra estas personas sí corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro. Por tanto, las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así: a) cuando se consuma el término de dos años de la prescripción ordinaria, a partir del conocimiento real o presunto del siniestro; y b) en todo caso, cuando transcurren cinco años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria; la extraordinaria —se repite— corre aun contra personas incapaces o aquéllas que no tuvieron ni pudieron tener conocimiento del hecho que da origen a la acción.

6. Aplicando a este proceso lo que se deja expuesto, se llega a las siguientes conclusiones:

A) El demandado Raúl Escobar Restrepo es interesado en el contrato de seguro de responsabilidad civil que celebró con la Suramericana (que es la prescribiente, vale decir, la persona en cuyo favor obra la prescripción extintiva de que se trata), como que fue él quien lo tomó para los daños que pudieran causar algunos vehículos de su propiedad, entre otros, el que ocasionó el accidente.

B) No se ha demostrado que el citado Escobar estuviese gravemente enfermo o ausente al producirse el siniestro, de suerte que razonablemente debe entenderse que tuvo noticia del accidente el mismo día en que ocurrió, dado que el vehículo era de su propiedad, que en él viajaban un hijo suyo menor de edad, y que Angela, al parecer su esposa, como atrás se dijo, (porque en los autos no obra la prueba del matrimonio), tuvo que ser hospitalizada en una clínica por lesiones que sufrió con ese motivo.

C) En estas condiciones, la prescripción propuesta por la Suramericana contra Raúl como consecuencia del llamamiento en garantía que éste le hizo en este proceso, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, es la ordinaria de que trata el segundo inciso del artículo 1081 del C. de Co.

D) Tampoco está acreditado que Raúl padezca de alguna de las incapacidades que señala el numeral 1º del artículo 2530 del

C. C., como para que pueda decirse que el término extintivo de esa prescripción se haya suspendido en su favor, según lo dispone el artículo 2541 ibídem, ambas normas aplicables al caso de conformidad con los artículos 2º y 822 del C. de Co. Finalmente, no se ha alegado siquiera que esa prescripción se haya interrumpido, ni menos aún se ha probado esa circunstancia. Tal interrupción sólo habría tenido lugar con la presentación de una demanda de Raúl contra la aseguradora.

E) En virtud de lo expuesto, siendo la ordinaria tal prescripción, como se ha visto que lo es, la excepción en estudio está llamada a prosperar, tal cual lo decidió el juez de primer grado, en vista de que el término de dos años contados a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio (1º de enero de 1972, Art. 2038 ibídem) ya había expirado cuando se promovió este proceso (11 de marzo de 1974) y con tanto mayor razón cuando se produjo el llamamiento en garantía. (Art. 41 Ley 153 de 1887).

F) Por añadidura debe advertirse que las circunstancias en que ocurrió el accidente caben muy bien dentro de los "riesgos no cubiertos por el seguro" según la cláusula 10ª literal c) de la póliza respectiva. Así lo indican las fallas de conducta en que incurrió Angela y que fueron reseñadas anteriormente al estudiar la excepción de caso fortuito.

Así las cosas se deben confirmar los puntos 8º y 9º del fallo de primer grado, atinentes al acogimiento de la excepción de prescripción de la acción, propuesta en el llamamiento en garantía por la "Suramericana de Seguros" y a la respectiva condenación en costas de Raúl.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 9 de diciembre de 1975, y actuando en instancia, REFORMA la sentencia dictada por el Juez 7º Civil del Circuito de Medellín de fecha 30 de mayo de 1975 y la complementaria fechada el 18 de abril siguiente, las cuales quedan así:

1º) Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2º) Declárase que Raúl Escobar Restrepo y Angela Villegas de Escobar son civilmente responsables, en forma solidaria, de los perjuicios materiales y morales subjetivos sufridos por Rosa Bustamante de García, Carmen, Luz Elena, Hernán Darío, Rafael Angel, Luis Guillermo y Norelly García Bustamante, con motivo de la muerte de Manuel García Correa, ocurrida a consecuencia del accidente automoviliario que se produjo en la esquina de la carrera 58 con la calle 45 de Medellín el 27 de enero de 1965.

3º) En consecuencia, condénase a los citados Escobar Restrepo y Villegas de Escobar a pagar solidariamente a cada uno de los demandantes mencionados en el punto anterior, como valor de los perjuicios morales subjetivos que sufrieron, la cantidad de treintal mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente, más el valor de los daños materiales, que será liquidado en la forma prevista por el artículo 308 del C. de P. C., de acuerdo con las bases establecidas en la parte motiva de esta providencia.

4º) Confírmase los puntos 8º y 9º de la sentencia del 30 de mayo de 1975.

5º) Condénase a los demandados en el ochenta por ciento (80%) de las costas de primera y segunda instancias. Sin ellas en el recurso de casación.

6º) Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíque, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de Medellín.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Carlos Holguín Holguín, Conjuez.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

Elementos de la acción. Error de hecho en la apreciación de la prueba de peritos

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de agosto de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el proceso ordinario adelantado por Ramiro Benedetti Rodríguez contra Enrique Narváez Lorza.

Antecedentes del litigio

I. Por libelo de 22 de febrero de 1974, pide el referido demandante que con citación del demandado Narváez Lorza se declare rescindido el contrato de compraventa celebrado entre ellos y de que da cuenta la Escritura pública Nº 2330 de 30 de noviembre de 1971 de la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, a consecuencia de la lesión enorme sufrida en dicho negocio por el actor.

II. Descansa la pretensión en los siguientes hechos:

a) Por Escritura pública Nº 2330 de 30 de noviembre de 1971, el demandante dio en venta al demandado 2 lotes de terreno, situados en el Municipio de Turbaco, concretamente, en la Urbanización "Los Laureles", por la suma de $110.000.00, inmuebles delimitados así: 1º) Lote número 6 de la Manzana "C": "entrando por la calle que separa las Manzanas letras 'C' y 'D' de las Manzanas letras 'AA' y 'B': por el frente, calle de por medio, con el lote número ocho (8) de la Manzana letra 'B' y mide 100 mts.; por la derecha, entrando, con lote Nº 7 de la Manazana letra 'C' y mide ciento sesenta (160) mts.; por la izquierda, entrando, con el lote número cinco (5) de la Manzana letra 'C' y mide ciento sesenta (160) mts.; y, por el fondo, con partes de los lotes Nos. uno (1) y dos (2) de la Manzana letra 'D', y mide cien metros (100); medidas que dan a este lote de terreno una cabida superficiaria de diez y seis mil (16.000) metros cuadrados".

2º) Mitad del lote Nº 7 de Manz. 'C':

"Por el frente, calle de por medio, con el lote número dos (2) de la Manzana letra 'AA' y mide cincuenta (50) mts.; por la derecha, entrando, con inmueble del Dr. Rafael Llamas Mendoza y mide ciento sesenta (160) mts.; por la izquierda, entrando, con lote Nº 6 de la misma Manzana letra 'C' y mide ciento sesenta (160) mts.; y, por el fondo con el lote número dos (2) de la Manzana 'D' y mide cincuenta (50) metros". Este lote tiene una cabida superficiaria de ocho mil metros cuadrados (8.000);

b) Los lotes antes descritos, en las dependencias del Catastro, registran un valor que casi dobla el estipulado en el contrato de compra-venta, a pesar de que los evalúos catastrales no corresponden al valor real o comercial de la propiedad raíz.

III. Enterado el demandado de las pretensiones del actor, consignó su respuesta en escrito de 3 de junio de 1974, en el sentido de aceptar parcialmente los hechos, para finalizar con oposición a lo pedido y con la formulación de la excepción que denominó de compensación, fundada en que canceló una obligación bancaria a cargo de Regina Piñeres de Benedetti, esposa del actor, por la suma de $169.411.61.

IV. Adelantado el proceso, la primera instancia culminó con sentencia de 31 de marzo de 1975, la cual resultó ser desfavorable

al actor. Apelada que fue por la parte desfavorecida, el Tribunal la confirmó con la suya de 9 de agosto de 1975, decisión contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, el que sustanciado como está, procede la Corte a resolver.

La sentencia del Tribunal

En un brevísimo análisis de la pretensión y de los medios de prueba aportados, dice el Tribunal que como quiera que la prueba pericial en los litigios de rescisión por lesión enorme es esencial, la que aquí se produjo no se ajusta a la ley, por cuanto carece de "fundamento científico y técnico", pues no "concurre la precisión y claridad que en estos casos se requiere.

No se dice en esta forma si las personas que construyeron en inmuebles del sector donde se encuentre el que fue objeto del contrato de compraventa celebrado entre los litigantes, los adquirieron en aquel entonces y si los compraron al precio que adquirió el demandado o si fue por un precio menor o superior. No precisan nada al respecto, lo que afirman lo apoyan en una mera suposición, apartándose así de los requisitos que en estos casos tiene establecido la ley de que la peritación debe versar sobre conceptos precisos y claros".

Luego, refiriéndose el Tribunal a la prueba documental, específicamente a las Escrituras públicas Nos. 1569 y 1616, de 4 de diciembre de 1971 y 2 de septiembre de 1972, respectivamente, sostiene que estos documentos constituyen plena prueba, en razón "de que fueron otorgados a satisfacción de la misma —parte— y que su contenido no ha sido desvirtuado".

Concluye el sentenciador que no existiendo prueba de la lesión enorme, se debe confirmar el fallo de primer grado.

El recurso de casación

Dentro del ámbito de la causal primera, el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal un solo cargo.

Cargo único

Mediante él acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de los Arts. 1946 y 1947 del C. Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En lo tocante con la censura por yerro fáctico, expresa que el sentenciador ad quem estimó la prueba pericial, para rechazarla, sobre la consideración de no contener conceptos precisos y claros, cuando tal medio de convicción exterioriza todo lo contrario pues de una parte, en la producción de la prueba se cumplieron todos los requisitos y, de otra, "aparece claro que los peritos localizaron los 'lotes Nº 6 y 7' de la Manzana Letra C. y cuyos linderos aparecen en la Escritura P. Nº 2630 de noviemb. 30 de 1961 (sic.), de la Notaría Primera de este Circuito constatamos que son reales. Ahora bien, esos lotes 6 y 7 vendidos en la Escritura pública Nº 2330 son precisamente los lotes objeto de la compraventa cuya rescisión por lesión enorme se pide en la demanda, la que los menciona y describe en el hecho primero.

"Los peritos por otra parte, al final de su escrito categóricamente afirman que el valor de $408.000.00 pesos que dan, se refiere a los expresados lotes 6 y 7 de la Manzana C. de los 'Laureles'.

"Erró, pues, evidentemente el Tribunal al afirmar que del dictamen 'no se desprenden conceptos precisos y claros sobre lo que fue objeto de él'.

"Igual error evidente cometió el Tribunal cuando afirma que el 'dictamen pericial, que es la prueba por excelencia que fija la ley para determinar la lesión enorme, no reporta nada al respecto por cuanto carece de fundamento científico y técnico, lo cual induce al juzgador a no acogerlo dado que no concurre la precisión y la claridad que en estos casos se requiere'.

"Tratándose de señalar el valor de unas tierras el fundamento 'científico y técnico' de que habla el artículo 237, 6º del C. de P. Civil no puede consistir en elaboradas disquisiciones con citas de principios o leyes científicas o en mediciones y cálculos especiales con aparatos complicados, sino simplemente en la comparación con el valor comercial de tierras análogas vendidas en la misma fecha, pues en países como el nuestro el precio de la tierra resulta del juego de la oferta y la demanda, que aunque se le suele denominar 'ley' no tiene nada de tal en su sentido científico. Ahora bien, lo

que hicieron los peritos fue precisamente hacer una comparación de precios entre tierras vendidas en la misma época.

"En su trabajo señalan primero las características generales de la Urbanización 'Los Laureles' (calles, servicios, construcciones, etc.) para luego afirmar que 'teniendo en cuenta los factores antes enumerados' Y LOS PRECIOS DEL METRO CUADRADO DE TIERRA DE LAS URBANIZACIONES CERCANAS A LA URBANIZACION LOS LAURELES, de común acuerdo y DESPUES DE HACER TODAS LAS AVERIGUACIONES SOBRE EL VALOR DEL METRO CUADRADO DE TIERRA EN LA FECHA QUE SE HIZO LA OPERACION DE COMPRAVENTA DE LOS LOTES NUMEROS 6 y 7 DE LA MANZANA C. DE LOS 'LAURELES', con un área de 24.000 metros cuadrados de tierra, hemos avaluado en la suma de $ 408.000.00 el valor de los 24.000 metros cuadrados de tierra a razón de $ 17.00 moneda corriente por cada metro cuadrado de tierra" (las mayúsculas son mías).

"Cómo sostener entonces que el dictamen carece de fundamento 'científico y técnico' y que no concurren en él 'la precisión y la claridad' que en estos casos se requiere?. Al rechazar pues, el dictamen en esa forma el Tribunal cometió nuevo y evidente error".

Luego dice el casacionista que cuando el Tribunal censura el dictamen de impreciso y fundado en suposiciones, la prueba pone de presente que los expertos, lejos de suponer, compararon el valor del bien negociado entre los litigantes con otros terrenos cercanos y similares, por la época en que se celebró la operación entre actor y opositor.

Más adelante dice que parece que el sentenciador echara de menos una comparación entre el lote negociado y materia del litigio con los lotes de la propia urbanización "Los Laureles". "Pero si los peritos no hicieron esa comparación, debió ser porque para la fecha de la compra-venta cuya rescisión se ha pedido no se efectúo ninguna transferencia de dominio en dicha urbanización. Ellos no estaban obligados a hacer comparaciones con operaciones no efectuadas en la citada fecha", sino a determinar el precio real o justo de los lotes 6 y 7 a la fecha de la venta.

Posteriormente afirma el casacionista que el Tribunal erró de hecho al rechazar la prueba pericial que señala a los lotes 6 y 7 un precio superior en más de la mitad al que recibió el vendedor de manos del comprador.

Más adelante dice el recurrente que otro yerro fáctico cometido por el juzgador ad quem consiste en no haber apreciado la declaración del doctor Alvaro Angulo Bossa, "quien aparece junto con otra persona, como comprador de un lote de la Urbanización 'LOS LAURELES' en la ya citada Escritura 1616 de septiembre 2 de 1972, por un precio aproximadamente igual al que aparece fijado en la Escritura de Compraventa cuya rescisión se ha impetrado en este proceso. Pues en esa escritura uno de los compradores el expresado doctor Alvaro Angulo Bossa, acepta que el precio real de la compraventa no fue el indicado en ella, sino otro, muy superior. Expresamente dice: 'El precio que aparece en la Escritura no es el precio real por el cual se celebró la negociación. No soy experto para dictaminar si era el precio comercial en esos momentos pero lo cierto es que pagamos al señor Benedetti la suma de $15.00 por metro cuadrado, es decir, por 3.000 metros cuadrados pagamos la suma de $ 45.000.00 M. cte...' (Cuad. Nº 2, f. 1). Recuerdo a los Honorables Magistrados que los peritos avaluaron el metro cuadrado en $ 17.00".

En lo que atañe al error de derecho que plantea el mismo cargo, sostiene el censor que el Tribunal, al concederle alcance probatorio a las Escrituras públicas Nos. 1569 y 1616 de 4 de diciembre de 1971 y 2 de septiembre de 1972, respectivamente, violó los Arts. 258 y 264 del C. de P. C., pues las declaraciones que en tales documentos hacen los otorgantes tendrán entre éstos alcance probatorio, mas respecto de terceros se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

Como el Tribunal no lo entendió así, porque le concedió a tales documentos el valor de plena prueba respecto de terceros, como lo son el demandante y el demandado, cometió error de derecho y quebrantó los Arts. 1946 y 1947 del C. C., por inaplicación.

Se considera

1. A pesar de que el ordenamiento ha querido rodear los negocios jurídicos de cierta estabilidad, como consecuencia de que todo contrato legalmente celebrado constituye una ley para las partes contratantes (artículo 1602 del Código Civil), de otro lado no ha subestimado aquellos casos en que en algunos acuerdos de voluntad uno de los contratantes le infiere al otro un notorio agravio económico, por existir un manifiesto desequilibrio en las recíprocas prestaciones.

2. De suerte que cuando se rompe en las contraprestaciones la simetría que debe contener el negocio jurídico, surge como institución reparadora la lesión enorme (Leesio ultra dimidium), concediéndole a quien la sufre el derecho de solicitar la rescisión de la convención celebrada en esas condiciones, como cuando se ha vendido un inmueble por menos de la mitad de su verdadero valor, o se ha comprado por más del doble (Arts. 1946 y 1947 del C. C.).

3. Con todo, no fue idea del legislador extender la aplicación de la lesión enorme a todo género de actos y contratos, puesto que la limitó a algunos, como a la compraventa (Art. 1947), a la permuta (Art. 1958), a la aceptación de una asignación sucesoral (Art. 1291), a la partición (Art. 1405), a la estipulación de intereses en el mutuo (Art. 2231 del C. C.), a la anticrecis (Art. 2466 del C. C.) y a la cláusula penal (Art. 1601).

4. Ahora, como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte, son elementos configurantes de la acción de rescisión de la venta por lesión enorme, los siguientes: a) Que verse sobre inmuebles y que la venta no se haya hecho por ministerio de la justicia (Art. 32 de la Ley 57 de 1887); b) Que el engaño sea enorme (Art. 1947 citado); c) Que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (casaciones, 18 de diciembre de 1929, XXXVII, 390; 17 de agosto de 1933, XLI, 501; 10 de diciembre de 1934; XLI, bis, 73, y 22 de marzo de 1952, LXXI, 450); d) Que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado la acción rescisoria por lesión enorme; e) Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (Art. 1951) y f) Que la acción se instaure dentro del término legal (Art. 1954)". (Sentencia de 5 de febrero de 1958, Tomo LXXXVI, pág. 336; 26 de abril de 1961 XCV, 771).

5. Para establecer si la desproporción de las contraprestaciones de las partes contratantes estructura la acción por lesión enorme, se debe confrontar el precio estipulado con el justo precio de la cosa vendida, en la fecha de la convención, tal como lo enseña el Art. 1947 del C. Civil al expresar que "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

6. Y en lo tocante con la determinación de la carencia de ajuste a proporción económica entre las estipulaciones de las partes contratantes, no ha cejado la Corte en sostener que el elemento de convicción más adecuado y conducente es la prueba de peritos. Sobre el particular ha dicho de manera uniforme y reiterada: "Siempre que se ajercite y pretenda averiguar si el vendedor padeció lesión enorme, hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble, al tiempo del contrato" (Cas. Civ. 10 de julio de 1953, LXXV, 566; 17 de marzo de 1954, LXXVII 99; 17 de junio de 1960 XCII 952; 29 de abril de 1961 XCV 777; 22 de febrero de 1967, aún no publicada; 7 de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), CXXXII, 27).

7. Respecto de la apreciación de la prueba de peritos, el juzgador puede caer en yerro fáctico, cuando a pesar de que la mencionada prueba es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, no acierta en la estimación de estos factores. En innúmeras decisiones la Corte ha dicho que "el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y fundamentado hace plena prueba. Esta condición la aprecia el juzgador y el superior no puede variarla sino en tanto que se comprueba que en esa apreciación se incu-

rrió en verdadero error de hecho". (LXXX 391).

8. Para un mejor despacho del cargo, se transcribe el concepto pericial, el cual reza: "Personalmente nos trasladamos los suscritos a la URBANIZACION 'Los Laureles' ubicada en el Municipio de Turbaco (Bol.) de propiedad del Sr. Ramiro Benedetti, comprobando que dicha urbanización dista a unos 350 metros aproximadamente de la carretera Troncal de Occidente, luego localizamos los lotes Nos. 6 y 7 de la Manzana Letra C y cuyos linderos que aparecen en la Escritura pública Nº 2330 de Nov. 30 de 1971, de la Notaría Primera de este circuito constatamos que son reales. Para poder establecer el precio del metro cuadrado de tierra en la fecha que se hizo la operación de Compra-venta, indagamos y constamos (sic.) que en esa fecha existían construidas, las siguientes casas de habitación de propiedad de los Sres. Jaime Fandiño, Dr. José Llamas Mendoza, Dr. Rafael Escallón Villa, Dr. Rafael Llamas Mendoza, Sr. Jaime Rozo, Sr. Humberto Cortés y también en esa fecha, existían los servicios completos y modernos de luz, agua y teléfonos como los que existen en esta ciudad de Cartagena, suministrados por la Electrificadora de Bolívar y ACUABOL, con sus contadores respectivos de Luz y Agua, como también sus calles que son las que hoy día existen. Esto supone que una cuantiosa inversión en construcciones y servicios públicos y calles, lógicamente incide en el valor comercial del metro cuadrado de tierra de los lotes materia del litigio. Al visitar dichos lotes constatamos que el Sr. Enrique Narváez, inició una construcción de residencia de habitación estilo español, la cual se encuentra paralizada a un costo elevado. Teniendo en cuenta los factores antes enumerados y los precios del metro cuadrado de tierra de otras Urbanizaciones cercanas a la Urbanización 'Los Laureles', de común acuerdo y después de hacer todas las averiguaciones sobre el valor del metro cuadrado de tierra en la fecha que se hizo la operación de compra-venta de los lotes Nos. 6 y 7 de la Manzana C de 'Los Laureles', con una área de 24.000 metros cuadrados de tierra, hemos avaluado en la suma de CUATROCIENTOS OCHO MIL PESOS M.CTE. ($ 408.000.00) el valor de los Veinticuatro mil (24.000 mts2) de tierra a razón de ($ 17.00) Diez y siete pesos M. cte. por cada metro cuadrado de tierra".

9. Si para determinar el justo precio del bien raíz por el tiempo en que actor y opositor celebraron el contrato de compraventa, los expertos, en forma conjunta y acorde, tomaron en cuenta las construcciones levantadas en la urbanización "Los Laureles", los servicios de luz, agua y teléfonos allí instalados, la distancia a la carretera "troncal de occidente", la apertura de las calles o vías públicas, el área de los lotes vendidos, el valor de las tierras de otras urbanizaciones próximas a la denominada "Los Laureles", y otros datos tendientes a lograr el justo precio de la tierra sujeta a avaluación, síguese, entonces, que todos estos factores ponen de presente que la mencionada prueba es clara, precisa, abundante en detalles y suficientemente fundamentada. Mas, como el Tribunal no lo entendió así, cometió el yerro fáctico que se le enrostra, circunstancia que lo llevó a violar los Arts. 1946 y 1947 del C. C., en el sentido indicado por la censura, lo cual impone el quiebre de la sentencia.

Sentencia sustitutiva

1. Del examen de conjunto del libelo demandatorio, infiérese que el demandante pretende la declaratoria de rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa celebrado con el demandado, respecto de dos inmuebles, y contenido en la Escritura pública Nº 2330 de 30 de noviembre de 1971 de la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, cuyo registro se efectuó en el libro primero, el 17 de marzo de 1972.

2. Como se dijo en el despacho del cargo, la rescisión por lesión enorme procede en presencia de situaciones notoriamente inequitativas y, específicamente respecto del contrato de venta de inmueble, para el vendedor cuando el precio que éste recibe es inferior a la mitad del que justamente vale la cosa vendida y, para el comprador, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que por ella paga (Art. 1947 del C. C.).

3. En el evento en que se abra paso la rescisión por lesión enorme, a términos del Art. 1948 del C. Civil podrá el comprador,

a su arbitrio, acogerse a la decisión de rescisión, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá optar por consentir en la rescisión, o restituir el exceso de precio recibido sobre el justo precio, aumentado en una décima parte. Y en lo atinente a intereses y frutos, el mismo precepto dispone que no se deberán éstos o aquéllos, "sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato".

4. Al precisar los alcances del Art. 1948 del C. C., la doctrina ha dicho que si se decreta la rescisión contra el comprador, se deberá fijar un plazo para que éste pueda ejercer el derecho de opción consagrado por la disposición, y que el único interés liquidable "es el legal fijado en el Art. 2232 del C. C., computado no desde la fecha del contrato, sino desde la fecha de la demanda, hasta cuando se opere el pago" (Sentencia de 5 de febrero de 1958 Nos. 2192 y 2193 pág. 339).

5. Confrontando las premisas sentadas con los medios de convicción incorporados al proceso, resulta de ello lo siguiente:

a) Con prueba documental, consistente en la Escritura pública Nº 2330 de 30 de noviembre de 1971 de la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, se pone de presente que entre actor y opositor se celebró un contrato de compraventa respecto de dos inmuebles y se acordó como precio total de los mismos la suma de $110.000.00, que el comprador demandado pagó en la fecha de la escritura al vendedor demandante; b) con el dictamen y prueba pericial se acreditó suficientemente que el justo precio de los inmuebles vendidos por el demandante al demandado, por el tiempo de celebración del contrato, era de cuatrocientos ocho mil pesos ($ 408.000.00).

6. Al cotejar el precio acordado por las partes en el contrato de compraventa a los inmuebles negociados con el justo precio asignado por los peritos a tales bienes a la fecha de celebración de la convención, se infiere que el demandante vendedor sufrió lesión enorme, porque el precio por él recibido resultó ser inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida.

7. Viene de lo dicho que la pretensión de rescisión por lesión enorme prospera, pues el medio exceptivo de compensación invocado por el opositor no tiene respaldo legal, en razón de que no aparece en la litis reciprocidad de obligaciones entre los litigantes con las calidades que en él exigen.

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 materia del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y en su lugar, procediendo como juzgador de segunda instancia,

Resuelve:

1. Revocar la sentencia pronunciada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, de 31 de marzo de 1975.

2. Declarar no probada la excepción propuesta por el demandado.

3. Declarar que el demandante Ramiro Benedetti Rodríguez, como vendedor, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa celebrado con Enrique Narváez Lorza, que consta en la Escritura pública Nº 2330 de 30 de noviembre de 1971, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Cartagena.

4. En consecuencia, decrétase la rescisión, por lesión enorme, únicamente del contrato de compraventa de que da cuenta la referida escritura.

5. El comprador demandado podrá a su arbitrio consentir en la rescisión o completar el justo precio asignado a los inmuebles por los peritos, con deducción de una décima parte, dentro de sesenta (60) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

6. Si el comprador demandado opta por completar el precio, corre de su cargo pagar, sobre el complemento, los respectivos intereses, a partir del 22 de febrero de 1974, fecha de la demanda. Si opta por consentir en la rescisión, corre de cargo del demandante vendedor la devolución del precio por él recibido y del comprador la restitución del inmueble.

7. Condénase al demandado al pago de las costas de las dos instancias.

No hay lugar a condena en costas en el recurso de casación.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SEPARACION DE CUERPOS

Causales y consecuencias

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a resolver la consulta de la sentencia de 10 de diciembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en este proceso que suscitara Ellen del Socorro Karolewicz contra su legítimo marido Luis Armando Trimiño.

II

El litigio

1. En demanda que fue admitida mediante auto de 19 de mayo de 1976, dictado por el Tribunal, Ellen del Socorro citó a proceso abreviado a Luis Armando, con quien está casada, para que se los declarase separados de cuerpos.

2. La causa para pedir estriba en que demandante y demandado son marido y mujer, pues habían contraído matrimonio católico desde el 16 de diciembre de 1969; en que de esta unión nacieron sus hijos Alexandra y Edward; en que el marido, de palabra y de obra, ha maltratado a su mujer y la ha ultrajado y, finalmente, en que el demandado abandonó sus deberes de esposo y padre, dejando el hogar conyugal.

3. Con citación del agente del Ministerio público y de Luis Armando Trimiño, quien tuvo que ser emplazado, se adelantó la primera instancia del proceso que culminó con el Decreto de separación de cuerpos. Como esta decisión no fue apelada y como quiera que el demandado estuvo asistido por curador ad litem, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga ordenó su consulta.

III

Las pruebas aducidas

Con la demanda se presentaron las correspondientes copias del registro civil que acreditan el matrimonio celebrado en Convención por Luis Armando Trimiño y Ellen del Socorro Karolewicz el 16 de diciembre de 1969, y el nacimiento de sus hijos Alexandra y Edward el 11 de octubre de 1971 y el 4 de abril de 1973, respectivamente.

Durante el período probatorio únicamente se recibió el testimonio de Mary Gómez, quien, dando como razón de la ciencia de su dicho el trabajar por días como empleada doméstica en el hogar Trimiño-Karolewicz, manifiesta que el demandado trata a su mujer "como si fuera una persona desconocida; no había ninguna muestra de cariño para con élla; al contrario, era y es todavía una persona déspota". Añade no constarle que la haya pegado o que la haya ultrajado y que presenció cuando un día Luis Armando llegó a la casa, empacó en su maletín un poco de ropa y no volvió a regresar; que la madre de Ellen es la persona que atiende al sostenimiento de la familia, pues el marido sólo da pequeñas sumas para alimento y vestuario de los hijos.

IIII

La sentencia consultada

Expresa el Tribunal a quo que está plenamente acreditado, con las pruebas respectivas del estado civil, que Ellen y Luis Armando están casados entre sí y que en la

unión nupcial han procreado dos hijos que son infantes; que, a pesar de haberse aportado solamente el testimonio de Mary Gómez, quien afirma que el marido demandado abandonó el hogar conyugal, que no tiene trato con su mujer y que no suministra lo necesario para la debida atención de las necesidades domésticas, el abandono alegado como causal de separación resulta demostrado con lo dicho por la testigo, unido a la inferencia que emana del hecho consistente en que el demandado, no obstante haber sido emplazado, nunca compareció al proceso y tuvo que ser asistido por curador especial.

Con la base expuesta el Tribunal declara la separación demandada.

IV

Consideraciones de la Corte

1. Están reunidos los presupuestos para dictar sentencia de mérito, pues el escrito de demanda satisface los requisitos exigidos por la ley para las de su clase; la demandante, por ser individuo de la especie humana, tiene capacidad para ser parte por ser persona para el derecho, y a pesar de que, para cuando se presentó la demanda introductoria de este proceso, aún no había cumplido 21 años de edad, tiene capacidad para comparecer por sí misma al proceso, desde luego que en virtud de estar casada y contar a la sazón más de 18 años, por ministerio de la ley estaba habilitada de edad; la competencia para definir este litigio, por versar sobre separación de cuerpos de quienes están casados por los ritos de la Iglesia Católica, está atribuida, en primera instancia, a los Tribunales superiores de distrito judicial, en sus Salas Civiles, y en la segunda a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como expresamente lo dispone el artículo IX del actual Concordato con la Santa Sede.

La demandante, Ellen del Socorro Karolewicz de Trimiño, desde luego que probó su estado civil de mujer casada, está legitimada para demandar la separación de cuerpos frente a su legítimo marido, Luis Armando Trimiño, quien consecuencialmente es la persona señalada por la ley para soportar el debate de separación. Y como la autoría de los hechos alegados como constitutivos de causas de divorcio se atribuye exclusivamente al marido, la mujer resulta ser el consorte inocente con relación a ellos, pues no ha dado lugar a los que motivan esas causas.

La pretensión ejercitada en la demanda no es otra que la de obtener el decreto de separación de cuerpos entre los cónyuges Trimiño Karolewicz y la consecuencial disolución de la sociedad conyugal.

2. La propia naturaleza del matrimonio, ora civil, ora religioso, comporta para los casados la obligación de vivir juntos. En la definición que del contrato matrimonial da el artículo 113 del C. Civil se dice que uno de los fines de la unión nupcial es lograr comunidad de vida entre los consortes. Y expresamente el artículo 11 del Decreto 2820 de 1974 precisa que, salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos. Esta vida en común como su simple enunciado lo indica, comporta comunidad o participación de los casados en todos los campos del existir.

El matrimonio, como lo decían ya los romanos, es unión de toda la vida (**coniuntio omnis vitae**), una comunicación perpetua de todas las cosas que miran al espíritu y de las simplemente terrenales; es coparticipación del común destino de los consortes.

La ley impone a los casados ciertas obligaciones que brotan naturalmente de la relación jurídica matrimonial, como las recíprocas de fidelidad, socorro y ayuda.

Si el marido, pues, como sucede en el caso que se estudia, abandonó el hogar doméstico, desde luego que se ausentó de él sin justificación, y, además, dejó de atender su obligación de socorro que mira al sostenimiento de las necesidades materiales de su esposa y sus hijos y, de contera, privó a aquélla intencionalmente de todo trato hasta llegar al extremo de retirarle la palabra, con lo que infringió ciertamente su deber de asistencia o ayuda para su cónyuge, es menester concluir que Luis Armando Trimiño, de manera injustificada y en materia grave, **ha incumplido para con su esposa los siguientes deberes que la ley le impone como marido:**

a) La obligación de vivir junto con ella (Art. 11 del Decreto 2820 de 1974);

b) La obligación de socorrerla es decir, de darle lo necesario para su congrua subsistencia. (Art. 175 del C. Civil); y

c) La obligación de ayudarla o asistirla, vale decir, de prestarle apoyo moral, intelectual y afectivo en todas las circunstancias de la vida. (Art. 176 ibídem):

Por tanto, de conformidad con el aparte 1º del artículo 165 del C. Civil es procedente el decreto de separación de cuerpos.

3. Ahora bien, como por virtud de este decreto se suspende, desde entonces, la vida en común de los casados, (artículo 167 del C. Civil), de su ejecutoria en adelante ya no estarán los consortes obligados a cohabitar, pues durante el estado de separación se suspende el derecho recíproco a la disposición de sus cuerpos, potestad que emana no sólo del hecho de estar casados, sino de la obligación de vivir juntos. Por ende, suspendido este deber, se suspende el derecho mencionado. Y como el vínculo matrimonial, empero, subsiste incólume, no obstante el decreto de separación de cuerpos, es claro que otras obligaciones que surgen de la relación jurídica nupcial ninguna mengua padecem.

Los cónyuges en el estado de separación de cuerpos, siguen siendo tales y, por tanto, se deben fidelidad, socorro y ayuda mutua; los separados, pues, no obstante la sentencia que ordena la suspensión de su vida en común, siguen siendo marido y mujer; el vínculo que los ata sigue sin soltarse, porque el efecto de la separación de cuerpos en ningún caso es romper el lazo matrimonial, la sociedad de personas que se crea por las nupcias continúa su existir. No así la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, (Art. 13 del Decreto 2820 de 1974), pues la sentencia que declara la separación de cuerpos produce ipso jure la disolución de la sociedad conyugal, por lo cual, en consecuencia, debe procederse a su liquidación (artículo 167 del C. Civil).

Observados estos efectos del dicho decreto de separación se ve claramente cómo la sociedad conyugal es de naturaleza accesoria, pues no puede existir sino dependiendo de un matrimonio; su vida puede extinguirse antes de que el vínculo matrimonial a que accede se disuelva, como en el caso de separación de cuerpos, o puede terminarse simultáneamente con el matrimonio, como en el evento de decretarse el divorcio civil. Por su naturaleza accesoria, la sociedad conyugal nunca puede existir más allá de la disolución del matrimonio.

4. Estando probado que los dos hijos viven con la madre y que fue el padre quien abandonó el hogar, se dejará la custodia de aquéllos a la demandante, como acertadamente lo hizo el a quo. (Artículo 161 del C. Civil).

5. La sentencia consultada, por lo que se deja expuesto, merece confirmación, así como lo solicita el señor Agente del Ministerio público.

V

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, proferida el 10 de diciembre de 1976 en este proceso abreviado que suscitara Ellen del Socorro Karolewicz frente a su legítimo marido Luis Armando Trimiño.

Sin costas en la segunda instancia, pues la revisión se hizo en virtud de la consulta decretada por el Tribunal.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

PROMESA DE VENTA

Determinación del precio de venta

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 23 de julio de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en este proceso ordinario instaurado por MIGUEL ARBELAEZ ARBELAEZ frente a SERGIO SANCLEMENTE DUPLAT y otros.

I

Antecedentes

1. El 18 de noviembre de 1959, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en la ciudad de Cúcuta y que autenticaron ante el Notario Primero de allí, se ajustó entre Isidoro Duplat, Sergio Sanclemente, Blanca Victoria, Mariela y Germán Hernández Duplat, por una parte, y Miguel Arbeláez Arbeláez y Jaime Duque Estrada, por la otra, el contrato de promesa de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) los primeros se comprometieron a vender a los segundos, y éstos a comprar a aquéllos, la finca rural denominada "La Fe", ubicada en la jurisdicción municipal de Cúcuta y comprendida dentro de los siguientes linderos generales: "Por el NORTE, desde una abscisa en la margen occidental del río Pamplonita, cerca de alambre de por medio y predio que fue de Eudosia de Moreno, hasta el pie de una ceiba sobre la orilla del caño 'La Javiela' y de allí una línea recta hasta ponerse al frente del lindero del predio de Teodoro Camargo y lindero arriba hasta el filo del cerro que queda al fondo de 'La Tigra'; por el PONIENTE, selvas vírgenes; por el SUR con predio que es o fue de Jerónimo Ramírez hasta el pie de la ciénaga de 'La Javiela', de êsta, arriba hasta la cabecera; de aquí una recta a buscar la cabecera de la ciénaga 'La Fe'; de este punto por la banda oriental, de Sur a Norte, a buscar una cerca de alambre que entra al caño de 'La Voladora', por éste, abajo hasta desembocar en el río Pamplonita; y éste arriba por su parte oriental a dar a una cerca de alambre que entra al cañón de 'La Voladora', por éste, abajo hasta desembocar en el río Pamplonita, y éste, arriba por su parte oriental a dar a una cerca de alambre que entra a dicho río, por esta cerca hacia el oriente, describiendo una curva hacia el Sur, a dar con el lindero que divide el predio que es o fue de Ruperto Zambrano, de ahí hacia el Oriente, lindando con la parte sur, con predio de Isaías Joves y cambiando al oriental hasta dar con el caño de 'Las Jovas' y de ahí sigue la línea hasta dar con caño grande: de ahí por el costado del norte, cruzando al Occidente, dividida con terrenos adjudicados al Dr. José María Forero Cote; se sigue la línea por ahí mirando siempre al Occidente, hasta encontrar predios de Petra Morales; y río abajo hasta dar al pie del ceibo, punto de partida".

Expresaron los contratantes que del área descrita quedaría excluida de la compraventa prometida, la parte de aquélla que entonces poseía José María Ibarra, porción esta situada al "Occidente de la carrilera del Ferrocarril de Cúcuta a Puerto Santander y Puerto Villamizar";

b) después de haber manifestado que los promitentes vendedores habían recibido de los promitentes compradores, por causa del

contrato, la suma de $60.000.00, mediante la cláusula 3ª acordaron que el precio del inmueble objeto de la compraventa prometida sería fijado, "a opción de los PROMITENTES COMPRADORES, en la siguiente forma: a) Si los PROMITENTES COMPRADORES deciden adquirir, a título de compraventa, de los PROMITENTES VENDEDORES, el globo de tierra alinderado..., sin medir su número de hectáreas, el precio del inmueble será la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS ($260.000.00)..., b) Si los PROMITENTES COMPRADORES deciden adquirir el inmueble alinderado..., con relación a su cabida, en hectáreas, estarán obligados a pagar a los PROMITENTES VENDEDORES, como precio, el valor del número de hectáreas contenidas dentro del predio alinderado en la cláusula primera, a razón de doscientos cincuenta pesos (250.00) hectárea";

c) comprometiéronse los promitentes compradores a pagar el precio del inmueble, "cuatro meses después de firmado el presente documento, al momento de otorgarse la correspondiente Escritura pública", hecho este para el cual señalaron el mismo plazo de cuatro meses, el que "no podrá prorrogarse sino por convenio escrito de las partes";

d) mediante la primera cláusula cuarta del contrato, los promitentes vendedores se obligaron a entregar a los promitentes compradores "la superficie del inmueble completamente libre de aparceros o colonos, para lograr lo cual los PROMITENTES VENDEDORES adquirirán por compra, transacción o cualquier otro contrato las tierras donde se encuentran las mejoras de propiedad de tales colonos o aparceros, que en la actualidad ocupan parte del predio, ...", lo que se comprometieron a hacer durante el plazo de cuatro meses, "contados desde la fecha de la firma del presente contrato de promesa de venta, y cumplida esta condición será exigible el precio del inmueble";

e) por la segunda cláusula cuarta del contrato, estipularon los convencionistas que si durante el dicho plazo de cuatro meses "les fuere imposible a los PROMITENTES VENDEDORES cumplir a los PROMITENTES COMPRADORES la totalidad de los compromisos contenidos en la cláusula" anterior, tal dificultad se solucionaría así: "a) Si los PROMITENTES COMPRADORES optaren por adquirir de los PROMITENTES VENDEDORES el globo de tierra..., sin relación a su cabida, se medirá la extensión superficiaria de los lotes de terreno ocupados por mejoras de propiedad de colonos o aparceros, y el precio de estos lotes de terreno lo retendrán los PROMITENTES COMPRADORES hasta que terminen los litigios y les sea entregado a éstos los lotes de terreno no recibidos por estar ocupados por colonos o aparceros. El precio de los lotes de terreno ocupados por colonos o aparceros, se avaluará a razón de doscientos cincuenta pesos ($250.00) hectárea; b) Si los PROMITENTES COMPRADORES optaren por comprar el inmueble..., con relación a su cabida, o sea comprar el núro de hectáreas contenidas dentro de los linderos del predio...., a razón de doscientos cincuenta pesos ($250.00) la hectárea, y no fuere posible por parte de los promitentes vendedores la entrega a los promitentes compradores de la totalidad del número de hectáreas..., porque hay problemas de colonos sin solucionar, éstos pagarán a aquéllos el valor del número de hectáreas que se reciban libres de problemas de ocupación con mejoras de colonos, pero será obligación de los PROMITENTES VENDEDORES solucionar estos problemas en el menor tiempo posible, iniciando las acciones judiciales correspondientes";

f) acordaron los estipulantes que en cualquiera de las dos eventualidades previstas en la cláusula anterior, los $60.000.00 que entonces recibieron los promitentes vendedores de los promitentes compradores se imputarían al precio del fundo prometido en venta;

g) mediante la cláusula 6ª de dicho pacto, expresaron los estipulantes que "Una vez que los PROMITENTES VENDEDORES vayan adquiriendo de los colonos y aparceros del predio 'La Fe', las tierras de éstos que quedaren pendientes, cumplido el plazo de cuatro (4) meses, contado a partir de la fecha...., que las partes han acordado para el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas, los PROMITENTES COMPRADORES irán recibiendo tales lotes de terreno, debidamente medidos, y pagarán a los PROMITENTES VENDEDORES el corres-

pondiente precio" a $250.00 cada una de las hectáreas recibidas;

h) desde la fecha de la firma del contrato de promesa, los promitentes vendedores entregaron a los promitentes compradores "la posesión material de los lotes de terreno no ocupados por colonos o aparceros", autorizándolos para que con el consentimiento de aquéllos adelantaran, desde entonces, "actividades agrícolas y pecuarias"; e

i) finalmente, reiterando la opción de elegir el precio que mediante la cláusula tercera se concedió a los promitentes compradores, por la cláusula 9ª del contrato expresaron los convencionistas: "LOS PROMITENTES VENDEDORES y los PROMITENTES COMPRADORES dejan claramente establecido que el precio de la compraventa aquí prometida será, a opción de los PROMITENTES COMPRADORES, o la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS ($260.000.00) como valor del globo de tierras alinderado en la cláusula primera, o el valor del número de hectáreas contenidas dentro de los linderos del predio a que se refiere la cláusula primera, a razón de doscientos cincuenta pesos ($250.00) la hectárea según resulte del correspondiente plano, levantado por un ingeniero civil matriculado".

2. Mediante la Resolución Nº 03645, proferida el 10 de marzo de 1969, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, luego de haber rituado el proceso administrativo correspondiente, declaró extinguido en favor de la Nación el derecho de dominio de Isidoro Duplat, Sergio Sanclemente Duplat, Blanca Victoria, Mariela y Germán Hernández Duplat sobre el inmueble rural denominado "La Fe", de 613 hectáreas 6.494 metros, ubicado en la jurisdicción municipal de Cúcuta, comprendido dentro de las alindaciones que dicha resolución consigna.

3. De la declaración de extinción de dominio a que se refiere la resolución anterior se excluyeron, según esta misma lo expresa el parágrafo de su artículo 1º, dos lotes o parcelas ubicados dentro del área general de la finca "La Fe", cuyos linderos especiales son:

a) LOTE Nº 1 "NORTE. Colindando con Fundación del punto Nº 1 al punto Nº 14 en una extensión de 2080 metros. ORIENTE. Colindando con el río PAMPLONITA del punto Nº 14 al punto Nº 23 en una extensión de 1.525 metros. SUR. Colindando con Purificación Rojas del punto Nº 23 al punto Nº 27 en una extensión de 985 metros y del punto Nº 27 al punto Nº 37 colindando con terrenos baldíos de la Nación, en una extensión de 2.350 metros. OCCIDENTE. Colindando con terrenos baldíos de la Nación del punto Nº 37 al punto Nº 1 punto de partida en una extensión de 2.285 metros", lote este que tiene una cabida de 264 hectáreas 9086 metros cuadrados; y

b) LOTE Nº 2. "ORIENTE. Colindando con posesiones de Purificación Vargas y Carlos I. Parra, desde el punto Nº 1 al punto Nº 10 en una extensión de 765 metros. SUR. Colindando con posesiones de Carlos I. Parra, desde el punto Nº 10 al punto Nº 11, en una extensión de 200 metros. OCCIDENTE. Colindando con posesiones de Purificación Rojas, del punto Nº 11 al punto Nº 17, en una extensión de 480 metros, NORTE. Colindando con posesiones de Nicolás Espinosa, de los puntos Nº 17 al Nº 1, en una extensión de 445 metros", parcela esta que tiene una superficie de 7 hectáreas 4.606 metros cuadrados.

III

El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 1º de abril de 1974 al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, el citado Miguel Arbeláez Arbeláez demandó a los mentados Sergio Sanclemente Duplat, Germán, Blanca Victoria y Mariela Hernández Duplat, y además a Alix Josefa Villamizar de Hernández, Hugo Alberto, Carlos Arturo y Sergio Villamizar, a éstos como herederos de Isidoro Duplat, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que la promesa de compraventa celebrada el 18 de noviembre de 1959, descrita en el capítulo anterior de esta providencia, produce obligación de hacer y que por consiguiente los demandados están solidariamente obligados a suscribir la correspondiente escritura de venta, a favor de los promitentes compradores, en relación con el lote de terreno que determina la demanda, así como los promitentes compradores

deben completar el precio de la compraventa prometida; y

b) que si los demandados se oponen se los condene al pago de las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones el demandante invocó, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que pueden sintetizarse así:

Que el precio se pactó en el contrato en forma opcional porque los promitentes vendedores creían que el fundo prometido en venta por ellos tenía una cabida superior a 1.100 hectáreas, y porque entonces estaba ocupado, en gran parte, por colonos y aparceros; que al celebrar la promesa el ánimo de aquéllos era obtener la desocupación de la finca por parte de los aparceros y entregarla en su totalidad, libre de ocupantes, a los promitentes compradores, en el plazo de 4 meses; que previeron la posibilidad de no obtener arreglos con los colonos en ese término y entonces pactaron el procedimiento a seguir para ejecutar la compraventa prometida; que habiendo vencido el plazo con que contaban los promitentes vendedores para otorgar la escritura pública, no cumplieron esa obligación, "pues realmente para ellos el faltante del precio era una suma irrisoria en consideración a sus pretensiones que la calculaban en $260.000.00 y naturalmente abrigaron la esperanza de obtener la desocupación y luégo entregar la finca en su totalidad, para recibir una suma bastante considerable"; que Isidoro Duplat hizo todo lo posible para entregar la finca libre de colonos, pero que toda su actividad en el punto fue inútil porque INCORA declaró extinguida la propiedad de los promitentes vendedores, salvo las dos porciones o lotes atrás alindados especialmente, que entonces estaban siendo explotados económicamente por Arbeláez Arbeláez; que dichos dos lotes excluidos de la resolución aludida, "son los mismos que los vendedores entregaron a los compradores el 18 de noviembre de 1959"; y que después de la muerte de Isidoro Duplat "nadie más se preocupó por obtener el saneamiento de la finca y así cumplir lo prometido, pero entre tanto han transcurrido 15 años desde la firma de aquel contrato..."

3. En sus contestaciones a la demanda los demandados se apusieron a las pretensiones deducidas en ésta.

En esa oportunidad todos los demandados expresaron, de manera uniforme, que "en el documento traído a los autos no se determinó y especificó de tal manera el precio de la venta y por consiguiente éste quedaba sometido a la opción de los promitentes compradores, quitándole en esta forma la especificación que exige el numeral 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887" y, por ende, edificaron su defensa sobre la ineficacia de la promesa de compraventa.

Algunos de los demandados propusieron las excepciones que denominaron "ineptitud sustantiva de la demanda, petición en forma indebida y petición antes de tiempo".

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, a la sazón lo era el Tercero Civil del Circuito de Cúcuta por impedimento manifestado por el Segundo, le puso fin con su sentencia de 8 de marzo de 1976, mediante la cual decidió la controversia así: declaró que la promesa de compraventa celebrada el 18 de noviembre de 1959, fuente de este litigio, "no produce ahora obligación de hacer..."; consiguientemente absolvió a los demandados de los cargos que en la demanda se formularon en su contra; y, por último, condenó al demandante en las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida con dicha sentencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el que, en fallo de 23 de julio del mismo año, confirmó el apelado con costas a cargo del apelante.

III

Motivación del fallo de segundo grado

1. En el proemio de las consideraciones de su sentencia el Tribunal, con transcripción del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, recuerda los presupuestos esenciales de la promesa de contrato para que ésta sea fuente de obligaciones; y luego de compendiar las cláusulas de la aquí convenida, pasa a confrontar ésta con el contenido de esa disposición legal, para llegar a la conclusión de que aquélla no reúne a cabalidad los requisitos legales para que tenga validez.

Estima el ad quem que si bien la promesa de que trata este proceso reúne las tres primeras exigencias de la disposición legal indicada, no observó en cambio la cuarta, puesto que, dice, "la fijación del precio se sometió a unas cuantas condiciones y a reglas contradictorias que a la postre no quedó determinado en el contrato".

2. Tras recordar que en el contrato de compraventa son esenciales una cosa y un precio, y que ambos deben precisarse en forma absolutamente clara, explanando la principal razón que da como fundamento de su sentencia desestimativa, expresa el Tribunal:

"a) Las cláusulas 3ª y 9ª señalan que si los promitentes compradores optan por adquirir el inmueble sin tener en cuenta su cabida superficiaria, el precio de éste será de $260.000.00, y si deciden determinar el número de hectáreas de que está compuesto el valor de cada una de ellas será la suma de $250.00.

"Ocurre empero que la cláusula 5ª (señalada equivocadamente en la copia traída a los autos como 4ª) indica que si los promitentes compradores optaren por adquirir el globo de terreno sin relación a su cabida —luego de expirar los 4 meses que tenían los promitentes vendedores para sanear la finca de colonos o aparceros— 'se medirá la extensión superficiaria de los lotes de terreno ocupados por mejoras de propiedad de colonos o aparceros, y el precio de estos lotes de terreno lo retendrán los promitentes compradores hasta que terminen los litigios y les sea entregado a éstos los lotes de terreno no recibidos por estar ocupados por colonos o aparceros'. Dichos lotes serán avaluados a $250.00 hectárea".

A renglón seguido dice el setenciador: "Cabe entonces preguntar cuál sería el precio del fundo rural prometido en venta en el evento contemplado en dicha cláusula, pues si la hectárea ocupada por mejoras de terceros se valora en $250.00, no se indica cuál es el valor de la zona o globo restante libre de embarazos posesorios.

"En otras palabras, si se conviene que al comprar el globo sin relación a cabida su precio es el de $260.000.00, no se explica por qué deben medirse las hectáreas ocupadas por terceros para retener su valor y, como es obvio, entregarlo a los vendedores luego de solucionado el problema de los mejoristas. Esta es una verdadera incongruencia que confundió más lo que ya de suyo resultaba complejo;

"b) Si los promitentes compradores se decidían por adquirir el bien según su cabida superficiaria, para que el precio de éste hubiere quedado claramente determinado en la promesa era indispensable indicar el número de hectáreas de que estaba compuesto el fundo.

"Este dato no aparece en el contrato, y antes bien de manera expresa quedó dicho en él que en tal caso el valor del predio sería 'a razón de $250.00 la hectárea, según resulte del correspondiente plano levantado por un ingeniero civil matriculado' (cláusula 9ª).

"c) Remitr al levantamiento posterior de un plano —agrega el sentenciador— para deducir el precio de un fundo rural, implica que éste no se halla determinado claramente en la promesa. Esa indeterminación se hace más evidente cuando en el contrato no se indica cuándo debe hacerse dicho plano, quién debe escoger el ingeniero para que lo efectúe y por cuenta de quién debe hacerse ese trabajo.

"d) Los promitentes vendedores otorgaron opción a los promitentes compradores para comprar el fundo 'La Fe' como cuerpo cierto o como bien sujeto a su cabida... Esa opción contradice la naturaleza del contrato de promesa de compraventa que es bilateral cuando aquella es unilateral".

Y luego de hacer algunas lucubraciones sobre el contrato de opción, asevera que la promesa de autos, "no obstante la claridad de sus términos en cuanto a la intención de las partes de obligarse recíprocamente para vender y comprar, no puede interpretarse como si fuera uno de opción pues en éste, como quedó visto ya, sólo una parte se obliga y la otra queda libre".

3. Conclusión de tales consideraciones es, para el Tribunal de Cúcuta, que "en el contrato adjunto a la demanda no quedó determinado el precio de lo prometido en venta debiendo haberlo sido, porque si para que se repute perfecta la venta las partes deben convenir en la cosa y en el precio —y se otorgue la escritura pública cuando

de inmueble se trata— la imprecisión en el valor del bien prometido en compraventa hace que la misma promesa quede incompleta, y, por ende, insatisfecho el requisito de que trata el numeral 4º de la norma antes transcrita".

A intento de dar mayor fuerza a su conclusión, observa el ad quem que si los promitentes compradores hubieran optado por adquirir el inmueble "según la cabida, el Juez, en caso de que se hubiera recurrido a exigir la obligación de hacer consistente en suscribir la respectiva escritura de venta, estaría en incapacidad de firmar el instrumento a nombre de los promitentes vendedores ignorando la cabida del inmueble para poder deducir su precio".

4. Estima el sentenciador de segundo grado, y así lo asevera en su fallo, que la regla de que "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirven para determinarla", contenida en el ordinal 2º del artículo 1518 del Código Civil, es aplicable a "los contratos en general, pero no al contrato de promesa en particular", puesto que, dice a manera de explicación de su aserto, "para este último hay reglas especiales que si no se cumplen no puede echarse mano de las normas que regulan, en general, los actos y declaraciones de voluntad".

Añade la sentencia que "tan rigurosa es la reglamentación del contrato en estudio que el Art. 89 de la Ley 153 de 1887 comienza por sentar que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, y luégo señala la excepción indicando en qué circunstancias constituye fuente de obligaciones".

5. Como un argumento más para sustentar su fallo desestimativo de la pretensión del demandante, asevera el sentenciador que en la hipótesis de que la promesa de compraventa aquí pactada fuera válida, no podría sin embargo cumplirse por estas dos razones: a) porque los promitentes compradores no han optado aún, después de 16 años, si compran el bien como cuerpo cierto o si lo adquieren con relación a su cabida; y b) porque el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, desde marzo de 1969, declaró extinguido a favor de la Nación el dominio que los demandados tenían sobre la citada finca "La Fe", salvo, eso sí, los dos lotes o parcelas que allí especifica.

En relación con la primera de estas dos razones por él esgrimidas, dice el Tribunal que "ni siquiera en la demanda que dio origen a este proceso el promitente comprador solidario que ejercita la acción en estudio ha definido por cuál de las dos cosas opta", ya que en su alegato de conclusión afirma que la opción a ellos concedida se decidirá "en su momento oportuno, que no puede ser otro que al exigir el cumplimiento del contrato".

Y en relación con la otra razón, dice que "si la promesa da opción a los promitentes compradores para comprar la totalidad del inmueble por sus linderos, independientemente de su cabida por hectáreas, cómo puede solicitarse a la jurisdicción que se declare, que existe obligación de suscribir la correspondiente escritura de venta del inmueble descrito en él cuando se ha evidenciado que ello ya no puede ser posible porque el INCORA declaró extinguido el dominio de los promitentes vendedores...", explicando que no puede olvidarse "que la acción no se dirigió a obtener aquella declaración únicamente respecto de esos dos lotes (los excluidos de la resolución de Incora), pues la parte petitoria del libelo no hace la salvedad..."

6. Finalmente, como razón corroborativa de su sentencia desfavorable al demandante, asevera el Tribunal que en el supuesto de que la promesa de compraventa aquí referida reuniera los requisitos legalmente necesarios para producir obligaciones, la acción de cumplimiento instaurada por el promitente comprador no sería procedente ante la excepción, demostrada en sus fundamentos fácticos, de contrato no cumplido por él.

Dice en efecto que en tal evento, que el Tribunal presenta en gracia de discusión, "los demandados no estarían en mora de cumplir las obligaciones emanadas del contrato de promesa porque el demandante no cumplió la suya, correspondiente a decidir por cuál de las dos alternativas optaba. En tales circunstancias, los promitentes vendedores estaban en imposibilidad de cumplir lo convenido en el contrato, desconociendo la decisión que debían tomar los promitentes compradores".

IV

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la respectiva demanda el recurrente formula contra dicho fallo cuatro cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, y 1494, 1495, 1502, 1518, 1602 y 1864 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente comienza por aseverar que el juez **ad quem**, en su sentencia, sentó como tesis cardinal, que es la "que prácticamente inspira" su fallo, la de que la regla contenida en el inciso 2º del artículo 1518 C. C. tiene aplicación respecto de todos los contratos en general, pero no en el de promesa en particular, pues que para éste hay reglas especiales. Añade el casacionista que el Tribunal, "aunque no lo dice expresamente, todo indica que el anterior razonamiento está dirigido a descalificar la promesa de contrato materia del presente proceso, por cuanto una de las modalidades del precio alternativamente pactado en ella consiste en el valor de la cabida del globo de terreno prometido, a razón de $250.00 la hectárea".

Estima el censor, y así lo afirma como fundamento cardinal de esta impugnación, que la tesis del sentenciador "es a todas luces arbitraria y caprichosa". Y explanando su aserto dice que el citado inciso del Art. 1518 "es de aplicación absoluta, es decir que opera respecto de toda clase de obligaciones que tengan por causa un acto o negocio jurídico, sin excepción alguna, en cuanto versen, eso sí, sobre géneros, cual ocurre con la de pagar el precio de una compraventa. Y es natural que así sea, porque tratándose de obligaciones de esa clase lo que importa es que se conozca o pueda ser conocido el contenido de la prestación a cargo del deudor, así como correlativamente el del derecho del acreedor, sin que se advierta razón para diferenciar por ese aspecto entre unas obligaciones de género y otras, en particular por la naturaleza o índole del acto jurídico de que provienen".

3. Continuando en el desarrollo del cargo, advierte el censor que no existe norma legal alguna que disponga que las obligaciones de género que puedan surgir de la promesa de contrato, queden sustraídas al artículo 1518 antecitado; y que si el Tribunal creyó encontrar esa salvedad en el contenido del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, debe decirse que este texto legal es precisamente el que sirve para demostrar que el artículo 1518 es aplicable a la promesa de contrato, pues al recabar ese precepto que el contrato prometido debe reunir todos los requisitos exigidos por el Art. 1502 del C. C., se refiere al objeto lícito y esa referencia "comprende naturalmente todas las disposiciones relativas a tal elemento contractual, y entre ellas precisamente la del artículo 1518 comentado, incluido desde luego su inciso segundo".

Considera pues el censor que es obvia la posibilidad "de aplicar en el contrato de compraventa la regla del inciso 2º del Art. 1518 del C. C., en cuanto al precio respecta. En tal caso el contrato es perfecto desde cuando se produce el cambio de consentimientos, o desde el otorgamiento de la escritura pública, según sea el objeto vendido, no obstante que el precio sea apenas determinable, y su monto se ignore por eso en tal momento".

4. Rematando la formulación de la censura, asevera el recurrente que "el contrato de compraventa con precio determinable, pues, es un contrato perfecto en todo sentido, del cual no puede decirse por eso, que no reúna todos los requisitos para su validez y eficacia. Es, en otras palabras, un contrato determinado en todos sus elementos constitutivos, en el sentido en que de contrato determinado habla el numeral 4º del Art. 89 de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, un contrato de promesa de venta con precio determinable, se ajusta sin duda alguna a la exigencia del citado numeral 4º del Art. 89 en mención".

Segundo cargo

1. Por éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1494, 1495, 1502, 1518, 1602 y 1864 del Código Civil, a causa de los errores de hecho manifiestos en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del contrato de promesa de compraventa, contenido en documento suscrito el 18 de noviembre de 1959.

2. En desarrollo de esta censura el recurrente comienza por recordar que, según las cláusulas 3ª y 9ª de dicho contrato, el precio que los promitentes compradores habrían de pagar por el inmueble objeto de la promesa podría ser, a su elección, uno de estos dos: a) o la suma fija de $ 260.000.00, si optaban por comprar el inmueble como cuerpo cierto; o b) la suma que correspondiera al número de hectáreas que arrojara el plano del fundo que levantaría un ingeniero, a razón de $250.00 cada hectárea, si decidían adquirir el bien en relación a su cabida. Recuerda, asimismo, que según la cláusula 4ª los promitentes compradores debían pagar ese precio a los cuatro meses de la celebración de la promesa, en el momento de perfeccionarse la venta prometida, a condición de que para ese momento el inmueble se les hubiera entregado en su integridad, completamente libre de aparceros y colonos; y que, a términos de la cláusula 7ª, a los promitentes compradores se les entregó, desde la fecha de firmarse la promesa, la parte del inmueble no afectada por terceros ocupantes.

Continuando en el recuento del contenido del contrato, advierte el casacionista que a términos de la segunda cláusula cuarta acordaron los contratantes que para el evento de que los promitentes vendedores no pudieran entregar libre de ocupantes, dentro del plazo de los cuatro meses, la parte del inmueble que entonces estaba en poder de colonos, esa dificultad se solucionaría así: a) si los promitentes compradores optaban por adquirir el bien sin relación a su cabida, se mediría la porción ocupada por colonos y aparceros, y el precio de este terreno, apreciado a razón de $250.00 la hectárea, sería retenido por aquéllos "hasta que terminen los litigios y les sean entregados a éstos los lotes no recibidos por estar ocupados por colonos o aparceros"; y b) si los promitentes compradores optaban por comprar el inmueble con relación a su cabida, o sea "el número de hectáreas contenidas dentro de los linderos del predio que se refiere la cláusula primera", pagarían "el valor del número de hectáreas que se reciban libres de problemas", a razón de $250.00 cada hectárea.

3. A continuación asevera el impugnador que la segunda cláusula 4ª tiene que considerarse complementada, en lo pertinente, con lo previsto en la 3ª y en la 9ª, desde luego que el contrato debe considerarse en su conjunto. Y que así tiene que entenderse que cuando la referida segúnda cláusula 4ª contempla la hipótesis de que los promitentes compradores opten por adquirir el inmueble sin consideración a su cabida, "se supone que es que han decidido comprarlo en la suma de $260.000.00"; y que por lo mismo, cuando la citada segunda cláusula 4ª toma en cuenta el evento de que los promitentes compradores opten por adquirir el bien según su superficie, "es indudable que está haciendo referencia al valor de dicho número de hectáreas recibidas, estimadas a razón de $250.00, conforme a lo estipulado igualmente para ese caso en las cláusulas tercera y novena".

De lo cual concluye el censor que es "indiscutible que en el primer caso se estipuló un precio determinado, y en el segundo uno determinable mediante factores inequívocos para conocerlo".

Añade la censura que, ante el claro tenor de las cláusulas contractuales relativas al precio y a la forma de su pago, "es manifiesto que las partes contrataron en estos puntos sobre la base cierta de que el precio porque optaran los promitentes compradores no sería exigible a éstos en proporción a las partes del inmueble que les fueran entregadas desde un principio, o que les fueran siendo entregadas después, libres de problemas con terceros ocupantes. Si el precio elegido era el determinado de antemano en $260.000.00, no les sería exigible entretanto la parte imputable a tal suma que correspondiera a los terrenos ocupados por terceros, estimados éstos a razón de $250.00 cada hectárea. Y si el precio elegido era el otro, o sea el determinable según el número de hectáreas a razón de

$250.00 cada una, no les sería exigible entretanto la parte de aquel precio correspondiente a los terrenos ocupados por dichos terceros".

4. Concretando los errores de facto que en la interpretación del contrato le endilga al Tribunal, dice el recurrente que aquél no vio en tales cláusulas "que hubiera quedado determinado el precio de la compraventa"; y que, contrariamente, aseveró que con todas ellas se creó "una verdadera incongruencia que confundió más lo que ya de suyo resultaba complejo".

Es sorprendente la afirmación del ad quem, dice la censura, de que no está determinado el precio porque se señaló precio unitario para las hectáreas libre de ocupantes, pero no para las que sí lo estaban, desde luego que el contrato no da lugar "a semejante consideración, visto que los dos precios alternativamente pactados la excluyen: el uno, porque es determinado...; y el otro, porque es determinable.... Como el precio se refirió a la totalidad del inmueble vendido; como éste se vendió como una unidad; y como no se vendió separadamente la parte ocupada de la no ocupada, no tenía por qué figurar en el contrato un precio especial para la una, y otro para la otra".

Agrega el impugnador que no es extrañable la estipulación de que, en el evento de que el predio se vendiera sin relación a su cabida, se medirían los terrenos ocupados por terceros para que los promitentes compradores retuvieran su valor y lo entregaran luégo de solucionarse el problema de los mejoristas, pues el sentido de la estipulación corresponde a la idea palpable en el contrato: "que sólo se pagaría de inmediato por los promitentes compradores la parte del precio que correspondiera a lo que ellos efectivamente recibieran del inmueble, libre de problemas con terceros ocupantes; y que el resto de dicho precio quedaría retenido por los mismos promitentes compradores, a manera de garantía de que el resto del inmueble les sería entregado también saneado".

Continuando en la determinación de errores que el casacionista denuncia, dice que también lo es la exigencia del Tribunal de que ha debido indicarse en el contrato el número de hectáreas que entonces se hallaban ocupados por terceros, puesto que, explica, fue precisamente el desconocimiento de la cabida del fundo al celebrarse la promesa "la razón para que el precio apenas pudiera ser determinable. Si la cabida se hubiera conocido, de una vez se habría multiplicado por el valor convenido para la unidad de medida" y entonces el precio habría sido determinado y no determinable.

Agrega que como en el contrato se expresó que el precio, en el supuesto de que los promitentes compradores optaran adquirir el bien con relación a su cabida, resultaría del plano que debería levantarse, erró el sentenciador al no ver en esta cláusula "el factor valorativo indicado", puesto que el precio, según lo pactado, tenía que resultar no del plano precisamente sino de la cabida que en éste se asignara al inmueble.

Y finalmente dice el censor que es también equivocada la apreciación atinente a la cláusula de que para determinar el precio tendría que nombrarse un ingeniero que hiciera el plano de la finca, porque con esa apreciación, por una parte, se hace caso omiso de la buena fe contractual, que indica que ambas partes deben hacer lo posible para ejecutar el contrato; y, de otra, porque la determinabilidad del precio según los factores indicados, nada tiene que ver con las eventuales dificultades que puedan surgir para lograr que esos factores funcionen.

Consideraciones

1ª) Como al primer golpe de vista se advierte del resumen que de ellos se hace, mediante los cargos primero y segundo, el censor denuncia la violación, por idéntico concepto, de los mismos preceptos legales sustanciales, aunque en el uno acusa quebranto directo y en el otro infracción indirecta de ellos.

Mas, como ambas censuras, según se infiere de su planteamiento y desarrollo, vienen edificadas sobre fundamentos sustancialmente similares, la Corte procede a considerarlas y despacharlas en conjunto.

2ª) De conformidad con las disposiciones legales regulativas de la compraventa, el precio es uno de los elementos esenciales de este contrato. Por consiguiente, cuando

el referido elemento falta la compraventa no existe como tal, o, por lo menos, degenera en acto jurídico distinto.

Si el objeto de la obligación del vendedor recae sobre la cosa vendida y el de la del comprador sobre el precio (Art. 1849 C. C.), tiene que seguirse que la formación de este especial contrato requiere el acuerdo de las partes sobre los citados dos objetos. De ahí que, según lo pregona el artículo 1864 del C. C., en esta materia la regla general es la de que "el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes".

No obstante, para que el precio de la venta exista no es menester que en todo caso se fije la cuantía o el valor exacto de la cosa vendida; es suficiente que el contrato contenga los elementos que permitan conocer con certeza su monto en el momento de la exigibilidad: en tal supuesto se habla de precio determinable, que está expresamente autorizado por los artículos 1864 y 1865 del C. C., en concomitancia con el 1518 ibídem.

3ª) Pero si bien la determinación del precio se logra "por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen", tal cual lo preceptúa el artículo 1864 citado, es preciso aceptar que los elementos de referencia que el contrato señale al efecto no pueden estar influidos por las partes con posterioridad a la conclusión del pacto; tienen que ser absolutamente independientes de la voluntad futura de los contratantes, pues de no serlo, la fijación del precio quedaría, en el momento del contrato, a la elección de éstos o de uno solo de ellos, lo que sería francamente contrario a la prohibición de que las partes no pueden dejar al arbitrio de una de ellas o a su común voluntad, la facultad de fijar el precio luego de la conclusión de la compraventa.

La estipulación en el contrato de compraventa sobre precio determinable, no sólo es principio consagrado en nuestra legislación positiva, sino que es además doctrina propugnada por civilistas de reconocida autoridad. Planiol y Ripert, en efecto, expresan al punto que "mientras las partes no han determinado el precio, la compraventa no ha quedado concluida; pero la determinación se hace tan pronto como se llegue al acuerdo sobre los elementos del precio, aun cuando todavía no sea posible avaluar en dinero esos elementos, basta con que el precio pueda ser establecido más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria" (Derecho Civil Francés, Tomo X, pág. 36).

Por su parte, Josserand dice al respecto: "No es en ningún modo necesario que el precio sea conocido desde el día de la venta; se requiere solamente que su fijación escape al capricho de las partes o de una de ellas; basta, pues, que los elementos de su determinación estén incluidos en el contrato, si no es determinable y que lo sea con la ayuda de elementos que no dependen de la voluntad de las partes o de una de ellas" (Derecho Civil, Tomo 11, Nº 1024).

4ª) "No podrá dejarse el precio —reza el artículo 1865 in fine— al arbitrio de uno de los contratantes". Como es obvio, esta regla prohibitiva encuentra su fundamento jurídico en la consideración de que tiene que ser el consentimiento de las partes la determinante de los elementos esenciales de la compraventa: la cosa y el precio. Si sólo uno de los contratantes fuera el llamado a determinar uno de estos dos elementos, faltaría el acuerdo de las partes, sin el cual no puede perfeccionarse el contrato.

Pero además, la estipulación de que sea uno solo de los contratantes el que tenga la facultad de señalar el precio de la venta, equivaldría al establecimiento de una condición potestativa que consistiría en la mera voluntad de la persona que se obliga, condición que anula la obligación respectiva, según lo determina el inciso 1º del artículo 1535 del C. C.

5ª) Exhaustivamente lo ha dicho la Corte, con fundamento en la preceptiva legal pertinente, que la promesa de celebrar un contrato es hoy, por virtud de lo establecido en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha disposición determina.

Pero ha dicho también que las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente dis-

tintas. La promesa de contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar.

"De la promesa de compraventa —ha dicho la Corte—nace como obligación específica para cada una de las partes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido, en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulados. Esto es que, como lo enseña la doctrina, 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 estos 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" (XCIII, 114).

6ª) A términos de lo establecido por el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es condición para la validez de la promesa la de que "se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". De lo cual tiene que seguirse que tratándose particularmente de una promesa de compraventa, en ella deben hallarse reunidos los elementos esenciales del pacto prometido, uno de los cuales es el precio, el que, como ya está dicho, para que la compraventa quede concluida puede ser determinable "por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen", siempre y cuando, eso sí, que las reglas que el contrato indique para lograr su determinación no queden dependiendo de la voluntad posterior de las partes.

Si, pues, la compraventa existe cuando el precio es determinable (Arts. 1518,2 y 1864,2 C. C.), la Corte no encuentra razón valedera para sostener que la promesa de venta sea ineficaz cuando el precio de la venta prometida, sin embargo de no aparecer determinado en aquélla, sí es determinable con las bases que para conocerlo 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 un precio determinable: la determinación del contrato prometido, cuando de compraventa se trata, no sólo no es incompatible sino que se aviene con la determinabilidad del precio de la venta.

De lo atrás expuesto se sigue, como consecuencia lógica, que no obstante ser diferentes las obligaciones que dimanan de la promesa de compraventa y las que surgen del contrato prometido, al celebrarse aquélla no son absolutamente indiferentes las disposiciones legales que en éste regulan las formas de determinar el precio. Si con esta especie de promesa se busca asegurar la celebración de una compraventa posterior, cuando los interesados no quieren o no pueden realizarla de presente, se torna claramente inaceptable la tesis de que al contrato medio le son extraños, y por ende inaplicables a él, los artículos 1518 y 1864 del C. C., que son los reguladores del precio en el contrato fin.

7ª) Por lo demás, la tesis que en esta sentencia se reitera, o sea la de que en el contrato de promesa de compraventa es admisible la estipulación sobre precio indeterminado pero determinable, es doctrina que ya ha sido aceptada por la Corte, como puede verse en su sentencia de casación civil de 2 de julio de 1958, publicada en el Tomo LXXXVIII, páginas 510 y 511 de la Gaceta Judicial.

No lo acepta así sin embargo en su sentencia el Tribunal de Cúcuta, para el que la regla contenida en el ordinal 2º del Art. 1518 del C. C., y por lo mismo el inciso 2º del artículo 1864 ibídem, es aplicable a "los contratos en general, pero no al contrato de promesa en particular", puesto que, dice, "para este último hay reglas especiales que si no se cumplen no puede echarse mano de las normas que regulan, en general, los actos y declaraciones de voluntad".

Correspóndele entonces a la Corte, en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia nacional, rectificar el

error jurídico en que incurrió dicho Tribunal y ofrecer de paso a la comunidad, con relación a las normas legales consideradas por el ad quem en su fallo, una doctrina que dé garantía de certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas que tales normas regulan.

8ª) No obstante la conclusión a que la Sala llega en los numerales precedentes de esta providencia, los dos cargos que aquí se analizan están llamados a no prosperar, pues es indiscutible, por las razones que adelante se consignan, que el precio de la venta estipulado en la promesa ajustada el 18 de noviembre de 1959 no está determinado, pero ni es determinable ciertamente con los elementos de referencia que el contrato trae, si se ha de atender, como tiene que atenderse, a la forma opcional que en él se dio a los promitentes compradores para elegirlo.

Como lo tiene averiguado la doctrina, los errores in judicando en que incurra el fallador de instancia, ya sean los cometidos en la premisa mayor o en la menor del silogismo que estructura la sentencia, para que sean trascendentes en casación tienen necesariamente que reflejarse en la parte dispositiva del fallo, desde luego que es ésta y no sus motivaciones lo que vincula al juez y a las partes. Los yerros que no rebasan la parte expositiva de la sentencia dan lugar a que la Corte Suprema haga la correspondiente rectificación doctrinaria, como lo preceptúa el inciso 5º del artículo 375 del C. de P. C., pero no autorizan jamás la quiebra del fallo combatido en el recurso extraordinario".

Reiterando su tesis tradicional, dijo en efecto la Corte en su sentencia de 24 de octubre de 1975, no publicada aún, que "por cuanto es solamente la parte resolutiva de la sentencia la que tiene fuerza vinculante, la violación de la ley sustancial debe aparecer en ella para que el fallo sea susceptible de aniquilarse en casación. De consiguiente, las consideraciones jurídicas que el fallador haga en sus motivaciones, y que aunque estén relacionadas con la materia de la decisión no constituyen sin embargo el soporte de ésta, son intrascendentes en casación y por lo mismo resulta inútil su ataque en el recurso extraordinario".

9ª) Según el contexto de su sentencia el Tribunal de Cúcuta, después de transcribir todas las cláusulas de la promesa atinente al precio del fundo prometido en venta, llega a la conclusión de que dicho precio no está determinado ni es determinable, puesto que, asevera, según tales estipulaciones "la fijación del precio se sometió a unas cuantas condiciones y a reglas contradictorias que a la postre no quedó determinado en el contrato". E insistentemente se pregunta el ad quem, luego de plantear con apoyo en esas cláusulas las diferentes hipótesis que ellas autorizan, "cuál sería el precio" de la finca, contestándose que no puede conocerse con certeza.

Por cuanto, como lo ha dicho la jurisprudencia, el error de hecho equivale en suma al desacierto del juez en la contemplación objetiva de la prueba, la Corte tiene que decir, tras cotejar el contenido del contrato de promesa con la conclusión a que en aspecto de precio sacó el Tribunal, que esta no es ostensiblemente contraria a la evidencia que las correspondientes cláusulas contractuales ostentan; que la interpretación que el sentenciador da a dichas estipulaciones está en congruencia con el sentido común, con la misma naturaleza de las cosas y con la lógica que debe gobernar su análisis. Por consiguiente, el yerro de facto que la demanda de casación le imputa a la sentencia no está demostrado, y menos con la categoría de manifiesto que se requiere para quebrar un fallo en casación.

No es menester, evidentemente, mayor esfuerzo mental para comprender que con apoyo en cláusulas confusas, vagas y hasta contradictorias, como aquí lo son indiscutiblemente, pueda llegarse fácilmente a determinar en su valor preciso el precio estipulado en la promesa con los elementos de referencia que ésta presenta, máxime si se tiene en cuenta que éstos no escapan a la influencia posterior de los contratantes, que no resultan absolutamente independientes de la voluntad de éstos, a tal punto que, por la opción que se dio a los promitentes compradores para elegirlo, el precio adviene a quedar, a la postre, a la discreción de éstos.

10ª) Según las cláusulas 3ª y 9ª de la promesa de 18 de noviembre de 1959, el precio que se acordó para la finca prometida en venta sería, "a opción de los promitentes compradores", uno de estos dos: a) la suma de $260.000.00, "si deciden" adquirir la finca "sin medir su número de hectáreas"; o, b) la suma que correspondiera al número de hectáreas que arrojara el plano del fundo, "levantado por un ingeniero civil matriculado", a razón de $ 250.00 cada hectárea, "si deciden adquirir el inmueble.... con relación a su cabida". El precio por ellos elegido debían pagarlo los promitentes compradores, según la primera de las dos cláusulas cuartas, cuatro meses después de firmada la promesa, "al momento de otorgarse la correspondiente escritura pública", término dentro del cual los promitentes vendedores se comprometieron a entregar a aquéllos "la superficie del inmueble completamente libre de aparceros o colonos.... con el fin de que los promitentes compradores adquieran la tenencia y posesión material del mismo".

No obstante lo así pactado, en la segunda cláusula cuarta se estipuló que si en ese plazo de 4 meses los promitentes vendedores no podían entregar, libre de terceros ocupantes, la parte del predio que entonces estaba en poder de colonos, tal dificultad se solucionaría así: a) si los titulares de la opción resolvían adquirir el globo de tierra "sin relación a su cabida, se medirá la extensión superficiaria de los lotes de terreno ocupados por mejoras de propiedad de colonos y aparceros, y el precio de estos lotes de terreno lo retendrán los PROMITENTES COMPRADORES hasta que terminen los litigios y les sean entregados a éstos los lotes de terreno no recibidos" por estar ocupados por terceros, avaluándolos a $250.00 hectárea; y b) si optaban "por comprar el inmueble con relación a su cabida, o sea comprar el número de hectáreas contenidas dentro de los linderos del predio, a razón de $250.00 la hectárea, y no fuere posible por parte de los promitentes vendedores la entrega a los promitentes compradores de la totalidad del número de hectáreas,.... porque hay problemas de colonos sin solucionar, éstos pagarán a aquéllos el valor del número de hectáreas que se reciban libres, pero será obligación de los PROMITENTES VENDEDORES solucionar estos problemas en el menor tiempo posible, iniciando las acciones judiciales correspondientes".

Sin embargo de que los contratantes previeron la imposibilidad de cumplir con la entrega total del bien, libre de ocupantes, en los 4 meses estipulados para ello; y que por tanto indicaron el procedimiento a seguir en tal eventualidad, mediante la cláusula 8ª de la promesa expresaron que el citado plazo, el que se contaría a partir de la fecha de la promesa, "no podrá prorrogarse sino por convenio escrito de las partes". Pero olvidaron con esta estipulación que, en cláusula inmediatamente anterior, habían acordado que "una vez que los promitentes vendedores vayan adquiriendo de los colonos y aparceros del predio 'La Fe', las tierras de éstos que quedaren pendientes, cumplido el plazo de cuatro meses, que las partes han acordado para el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas, los PROMITENTES COMPRADORES irán recibiendo tales lotes de terreno, debidamente medidos", y pagarán su precio a razón de $250.00 la hectárea.

11ª) Las cláusulas transcritas, ora se las considere aisladamente o ya en conjunto, dada su confusión y vaguedad evidentes, no permiten determinar con la precisión y certeza requeridas cuál sería, en el evento de que los promitentes compradores optaran por adquirir el fundo con relación a su cabida, el precio estipulado para la venta prometida.

Y extremando estas cláusulas a otros aspectos diferentes del precio, podría decirse además, por las muy variadas y diversas eventualidades que se previeron para la suerte del contrato, que en dicha promesa no quedó a la postre la determinación del objeto prometido en venta, ni tampoco la fecha en que la compraventa debería perfeccionarse. La contingencia de que los promitentes vendedores entregaron el predio libre de ocupantes, ora en toda su extensión, o ya en parte únicamente; la eventualidad de que pudieran otorgar la escritura en el plazo fijo allí determinado, o en uno posterior que dependería de la suerte de los litigios existentes entre ellos y terceros, sustraen a la promesa de contrato

de la seguridad y certeza que su naturaleza jurídica requiere.

Por lo dicho, se desestiman estos dos cargos.

Tercer cargo

1. En éste el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1887 y 1888 del Código Civil; y de los textos 89 de la Ley 153 de 1887, y 1494, 1495, 1502, 1518, 1602 y 1864 ibídem, por falta de aplicación.

2. Desenvolviendo esta censura, asevera el recurrente que el juzgador ad quem, para descalificar la promesa, dijo que en el evento de que los promitentes compradores optaran por adquirir el inmueble en consideración a su cabida, "para que el precio de éste hubiera quedado claramente determinado en la promesa era indispensable indicar el número de hectáreas de que estaba compuesto el fundo"; y que esa tesis del Tribunal se traduce en que "siempre y en cualquier forma en que, para efectos de la venta de un predio, se acuerde que en el señalamiento del predio ha de jugar como factor la cabida, esta tiene que indicarse necesariamente en el contrato para que pueda hablarse de que hay precio".

Añade el casacionista que "el yerro jurídico subyacente" en la tesis del Tribunal "es ostensible", puesto que, explica, según el artículo 1518 del C. C. el objeto de cualquier obligación, y concretamente de la que contrae el comprador de pagar el precio de la venta, "puede ser simplemente determinable, y que para que lo sea es suficiente que se indiquen los factores con arreglo a los cuales pueda llegar a ser conocido, sin que la ley predetermine, ni siquiera excepcionalmente, cuáles deban ser esos factores".

Previa advertencia de que "no se ve de inmediato" de qué asidero pudo haberse valido el Tribunal "para montar su tesis al respecto", asevera el recurrente que "todo parece, empero, que él cayó en el error jurídico de entender que siempre que el precio de una venta tenga que ver con la cabida del bien vendido, se trata de la figura concreta de la venta por cabida regulada en los artículos 1887 y 1888 del Código Civil, en la cual la indicación de la cabida sí es esencial, y es precisamente lo que la caracteriza y tipifica, como se ve de la primera de las disposiciones citadas. Pero apenas hay que decir que tal modo de pensar es falso, pues como atrás quedó visto, y lo corrobora el caso de autos, puede haber venta en que el precio dependa de la cabida, sin que se trate de la aludida figura de la venta por cabida, precisamente porque, por no saberse cuál es, la cabida no puede ser expresada en el contrato".

Cuarto cargo

1. Con éste el censor acusa el fallo de segundo grado de quebrantar directamente, por aplicación indebida, el artículo 23 de la Ley 51 de 1918; y por haber dejado de aplicar al caso aquí controvertido, debiendo haberlos hecho actuar en él, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, y 1494, 1495, 1502, 1518, 1602 y 1864 del Código Civil.

2. Desenvolviéndolo, el recurrente compendia las razones que, frente a la opción dada a los promitentes compradores para escoger entre el precio asignado al inmueble prometido, considerado como cuerpo cierto, o el que resultara según su cabida, esgrimió el ad quem.

Y afirma luego que "De este confuso y contradictorio razonamiento hay que decir: a) en primer término, que no obstante que se presenta como argumento para sostener la tesis central del fallo, o sea la de que no hubo precio, en realidad no guarda ninguna relación de conexidad con ella, pues nada en verdad tiene que ver el carácter unilateral o bilateral de un acto, con la determinación o indeterminación del objeto de las obligaciones respectivas; b) que el razonamiento en referencia remata con la conclusión, no muy coherentemente presentada por cierto, de que el contrato de promesa que obra en los autos 'no puede interpretarse como si fuera uno de opción', lo que, con ser evidente por sí mismo, por caerse de su peso, dialécticamente no constituye premisa sustentatoria de la decisión contenida en el fallo acusado, pues de afirmarse que dicha promesa no sea un contrato de opción, no puede

pasarse a concluir que la promesa es ineficaz, y mucho menos que lo sea por falta de estipulación de precio; y c) que dentro de ese deshilvanado razonamiento hay una afirmación que se prestaría a ser tomada por separado como una premisa autónoma del fallo, máxime cuando en ella si podría hallarse relación lógica con la conclusión final y definitiva acerca de la ineficacia de la promesa de venta". Esa afirmación es, dice la censura, la que el Tribunal hace frente a la opción dada a los promitentes compradores y consistente en que tal opción "contradice la naturaleza del contrato de promesa de compraventa que es bilateral cuando aquélla es unilateral".

3. Dice el censor que en el supuesto de que la referida afirmación del ad quem debiera tomarse como cimiento autónomo del fallo, entonces por prudencia tiene que hacerla objeto de ataque, lo que evidentemente acomete en seguida.

Y al efecto expresa: "Para el Tribunal, pues, el concepto de opción se concreta únicamente en el contrato de opción regulado por el Art. 23 de la Ley 51 de 1918, y sobre esa base era hasta cierto punto explicable que se mostrara sorprendido de ver que en una promesa bilateral de compraventa figurara incrustada una promesa unilateral de venta, figura esta última en la que para él quedó convertida la opción dada en aquélla a los promitentes compradores, en punto a la elección de precio". Pero no tuvo el sentenciador perspicacia —agrega la censura, "para advertir que el concepto de opción no se agota en la promesa unilateral, sino que de opción también se habla, no sólo técnicamente sino también en el lenguaje común, para aludir a la facultad que muchas veces por ministerio de la ley misma le es concedida a una persona para elegir o escoger una entre varias alternativas, y para fijar de esa manera el contenido de una determinada relación jurídica de que sea sujeto".

Consideraciones

1ª) Como claramente fluye del resumen que de ellos se ha hecho, mediante los cargos 3º y 4º el recurrente censura la sentencia de ser directamente violatoria, primera y principalmente, por **aplicación indebida** de los artículos 1887 y 1888 del C. C., es decir que los que regulan el fenómeno jurídico de la venta por cabida, en el uno; y del 23 de la Ley 51 de 1918, atinente al contrato de opción, en el otro. Por contera, en ambos cargos acusa también quebranto, por inaplicación, de las mismas normas legales que en las dos primeras censuras de su demanda señaló como infringidas por el fallo que combate.

La identidad de concepto de la violación que en estos dos cargos se indica para la acusación principalmente formulada en ellos, le permite a la Corte analizarlos y despacharlos conjuntamente.

2ª) El quebranto de una norma sustancial en la especie de aplicación indebida se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. La indebida aplicación emana, pues, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica.

Analizando el concepto de aplicación indebida, afirma Manuel de la Plaza que a él puede llegarse "por dos distintos modos, que son perfectamente aplicables en nuestra técnica; porque, o puede errarse al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de **diagnosis jurídica**), o puede padecerse aquivocación al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Los dos supuestos, sin embargo, conducen a una aplicación indebida de la norma; por eso, aunque conceptualmente se perciba la diferencia entre la errónea **calificación jurídica** y la **equivocada aplicación**, se trata, en verdad, de dos momentos de un mismo proceso lógico-jurídico, si bien aquél tiene carácter **preparatorio**, puesto que es necesario supuesto de la sustitución del hecho en el ámbito de la norma jurídica, que equivocadamente se estima aplicable" (La Casación Civil, pág. 217).

Todo lo cual presupone, como insistentemente lo ha dicho la doctrina de la Corte y como es apenas obvio, que el quebranto de una norma sustancial en la especie de

aplicación indebida, ni por asomo puede darse cuando el precepto sustancial no se hizo actuar en el fallo acusado.

3ª) En el caso de este proceso el juzgador ad quem no aplicó en su fallo los artículos 1887 y 1888 del C. C., ni tampoco el 23 de la Ley 51 de 1918. Estimó el Tribunal, y es esta la razón o el fundamento cardinal en que se apoya su fallo desestimativo de las súplicas deprecadas por el demandante, que la promesa de contrato ajustada el 18 de noviembre de 1959, dados los términos de la alternativa pactada en favor de los promitentes compradores de escoger entre la compra por cabida o como cuerpo cierto y las eventualidades estipuladas para el primer supuesto, no satisface la exigencia de la regla 4ª del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y que por ende resulta jurídicamente ineficaz.

Y si bien es cierto que en su fallo el Tribunal expresa, por una parte, que en el evento de que los promitentes compradores optaran por adquirir el inmueble en consideración a su superficie, "para que el precio hubiera quedado claramente determinado en la promesa era indispensable indicar el número de hectáreas de que estaba compuesto"; y, por otra, que la opción conferida a aquéllos venía a desnaturalizar el carácter bilateral de la promesa de contrato, no es menos cierto que tales alusiones no las hizo precisamente el sentenciador en el entendimiento de que en el caso presente se trata de un fenómeno de venta por cabida o de un contrato de opción, sino únicamente para sumar a las demás esgrimidas por él otras dos razones corroborativas de su conclusión principal, es decir, que no resulta determinado, pero ni siquiera determinable, el precio estipulado para la venta prometida.

El contexto de la sentencia impulsa a aceptar, pues, que en ella no se hicieron actuar los artículos 1887 y 1888 del C. C., ni el 23 de la Ley 51 de 1918, todos los cuales ciertamente regulan cuestiones extrañas a la controversia que es objeto del presente proceso. Y si evidentemente no se aplicó ninguno de dichos tres textos legales en el fallo, errado resulta acusar éste por aplicación indebida de aquéllos, como lo hace el recurrente en los dos cargos que aquí se consideran.

4ª) Cuando el sentenciador encuentra demostrados en el caso controvertido los supuestos fácticos regulados por una norma sustancial, es su deber subsumirlos en la voluntad abstracta que ella determina para tutelar el derecho reclamado: si así no procede infringe ese precepto legal porque, siendo imperioso hacerlo actuar en razón de la correspondencia existente entre el hecho concreto y el hipotetizado por él, no lo aplica sin embargo.

Lo cual significa que el quebranto de un precepto de derecho sustancial, en la especie de falta de aplicación, no puede darse cuando hay discordancia entre el caso hipotético que dicho texto contempla y el que el litigante presenta a la justicia como fundamento del derecho que reclama.

Por cuanto el Tribunal de Cúcuta consideró que la promesa de compraventa que aquí se cita como fuente de la controversia planteada, es jurídicamente ineficaz por haberse omitido en ella la exigencia del ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, argumento que la censura no objeta en los dos últimos cargos y que además salió ileso de los ataques contra él formulados en el tercero, fuerza es aceptar, en tales circunstancias, que no correspondía aplicar al asunto debatido dicho texto legal, ni los demás que en las censuras 3ª y 4ª se dicen no aplicados en el fallo.

Por lo expuesto, también se rechazan estos dos cargos.

V

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 fecha veintitrés (23) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Sin costas en el recurso, por razón de la rectificación doctrinaria a que éste dio lugar (Art. 375, 5 C. de P. C.).

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No compartimos el criterio mayoritario expresado por la Sala en la sentencia que se pronunció en este recurso extraordinario.

En nuestro sentir, el contrato de promesa de compraventa cuyo cumplimiento piden los demandantes contiene realmente estipulaciones complejas, como quiera que varias de las cáusulas por las cuales expresaron su consentimiento los contratantes, sufrieron notables modificaciones en virtud de otras posteriores de la misma convención.

Sin embargo, del estudio detenido de todas en conjunto, y ajustándonos a las reglas de interpretación consignadas en los artículos 1618, 1620 y 1622 del Código Civil, señaladamente el segundo de éstos, surgen a juicio nuestro las siguientes conclusiones:

1. Es preciso distinguir lo concerniente a la celebración del contrato prometido y lo atinente a la ejecución de las obligaciones que estaba destinado a producir ese contrato.

2. En cuanto a la celebración, de la compraventa, las partes acordaron:

a) El plazo para el otorgamiento de la escritura pública.

Se estipuló uno fijo de cuatro meses, contados a partir de la fecha del documento de promesa, y se pactó que este plazo sólo podría ser prorrogado por "convenio escrito" de los contratantes, lo que jamás ocurrió.

b). La cosa objeto de la venta prometida.

Fue la finca denominada "La Fe", determinada por sus linderos. Se vendería como cuerpo cierto, no por su cabida, puesto que los promitentes vendedores no declararon ninguna, ni garantizaron, por lo tanto, que tuviera alguna determinada (artículos 1887 y 1898 del Código Civil). La referencia que hicieron a la cabida real que resultara tener el predio una vez medido, se hizo exclusivamente con el fin de poder determinar ulteriormente el monto de uno de los dos precios cuya elección se dejó al arbitrio de los compradores, en manera alguna para precisar el contenido de la obligación de dar a cargo de los vendedores.

c). El precio de la cosa vendida.

Se lo hizo consistir, ora en la suma fija de $ 260.000.00, ora en la que resultara de multiplicar la cifra de $250.000 por el número de hectáreas que tuviera el terreno objeto de la venta según plano que levantara "un ingeniero civil matriculado".

Los promitentes compradores pagaron $ 60.000.00 a los promitentes vendedores, a buena cuenta de cualquiera de tales dos precios, y el saldo sería cancelado como se indicó por la segunda cláusula cuarta (realmente la quinta) del contrato de promesa, una vez hecha la elección.

3. Por lo visto, los requisitos que según el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 se exigen para que el contrato de promesa sea válido, se cumplen en el que celebraron las partes en litigio: fue consignado por escrito; el contrato prometido carece de vicios que lo hagan inválido o ineficaz de acuerdo con la ley; se estipuló plazo fijo para la celebración de la compraventa; y se determinaron en ofrma precisa las recíprocas obligaciones de las partes vendedora y compradora, de modo que sólo quedó pendiente el otorgamiento de la correspondiente escritura.

La cosa vendida, en efecto, sería un cuerpo cierto, determinado por sus linderos precisos y con independencia de la cabida que resultara tener. En cuanto a precio, se esbleció una obligación alternativa a cargo

de los futuros compradores (artículos 1556 y siguientes del Código Civil), tal como lo prevé y autoriza el artículo 1863 ibídem: bien la de pagar $ 260.000.00 (objeto determinado), bien la de pagar la cifra resultante de multiplicar $ 250.00 por el número de hectáreas que resultara tener el predio vendido (objeto determinable, permitido por los correspondientes incisos segundos de los artículos 1518 y 1864).

4. Por lo que toca con **la ejecución** de las obligaciones mutuas que se derivarían de la compraventa, una vez celebrada, las estipulaciones de los promitentes son complejas, pero también claras. De todos modos, ninguna de éstas altera en forma alguna **el contenido** de tales obligaciones, como las partes las concibieron y pactaron: los vendedores harían tradición de TODO el terreno comprendido en los linderos por los cuales fue determinado el predio, sin perjuicio del tiempo que les exigiera lograr que cada uno de los colonos fuera desocupando la parcela que tenía en posesión. La liberación del terreno ocupado por terceros nada tiene que ver con el contenido de la obligación de dar que nacería a cargo de los vendedores al celebrarse el contrato prometido, sino sólo con el pago total de esa obligación.

Lo propio cabe afirmar respecto de las declaraciones sobre extinción del dominio de los promitentes vendedores, hechas por el INCORA. Estos, al celebrarse el contrato de compraventa en cumplimiento del de promesa, quedarían obligados a hacer tradición de TODO el terreno vendido, y la intervención del INCORA sólo podría llegar a ser invocada por ellos como causa justificativa de una falta parcial de pago, esto es, como fuerza mayor o caso fortuito, en la hipótesis de que reuniera los requisitos de ser acto de autoridad imprevisto e inevitable.

La eventual reducción de los precios alternativamente pactados, en razón del número de hectáreas que los futuros vendedores dejaran de entregar, es asimismo punto relativo a la ejecución de las obligaciones de los compradores, ya definidas en su contenido al celebrarse la compraventa: a $260.000.00 en total, o $ 250.00 multiplicados por el número de hectáreas que resultara tener el terreno vendido. Las posibles rebajas estipuladas hacen parte de la estructura del pago de las mutuas obligaciones de las partes, no del contenido de sus objetos. Esas rebajas tienen notable relación con la **exceptio non adimpleti contractus**. Y no afectan de ningún modo la determinación o determinabilidad de los precios que alternativamente debían ser pactados en la compraventa.

En fin, el plazo fijo señalado para la celebración del contrato prometido, que fue de cuatro meses contados a partir de la fecha del contrato de promesa, difiera sustancialmente del tiempo indefinido dentro del cual a la postre los vendedores vendrían a quedar obligados, bajo condición mixta, a efectuar las gestiones conducentes a obtener la completa desocupación del predio y la entrega de las porciones que fueran quedando libres, y los compradores, a ir pagando el precio de cada hectárea que se les entregara.

Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos setenta y siete.

Ricardo Uribe Holguín, Germán Giraldo Zuluaga.

VENTA POR CABIDA

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Procédese a resolver el recurso de casación interpuesto por Capitolino Triana contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 30 de agosto de 1976, en este proceso ordinario que el recurrente inició contra Excehomo Sánchez.

II

El litigio

1. En demanda admitida por auto de 9 de octubre de 1973, dictado por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá, Capitolino convocó a proceso ordinario a Excehomo para que se declarase que los fundos "Alto del Tiro", "Buenavista" y "San José o los Robles", no tienen la cabida que se les señaló en la escritura 162 pasada el 27 de feb. de 1973 ante el Notario de Facatativá, y que el precio pagado por la compra de esos predios no corresponde a su valor comercial en razón de su cabida; para que el demandado, como vendedor, sea condenado a devolver el mayor valor pagado teniendo en cuenta la cabida verdadera de los predios vendidos, y el pago de perjuicios por la entrega incompleta de los mencionados fundos rústicos.

2. La causa para pedir fúndase en que el demandante, como consta en la escritura precitada, compró al demandado los apuntados inmuebles, a los que se les calculó una superficie aproximada de 98 fanegadas, la que no resultó cierta, pues hecha la mensura de los predios, se vio que su extensión es sólo de 48 fanegadas, es decir, de 50 menos que la cabida señalada en la escritura de venta, y que, en tales circunstancias, el comprador ha optado por solicitar la disminución del precio de la venta en proporción a la parte que falte de la cabida.

3. Con oposición del demandado, quien replicó que la venta fue de cuerpo cierto y no por la cabida, se adelantó la primera instancia que culminó con fallo en que se acogen las pretensiones del demandante, excepto la relativa a que se declarase que el precio pagado no corresponde al comercial de los inmuebles vendidos. Apelada esta decisión por el vendedor demandado, el Tribunal la revocó por medio de su fallo de 30 de agosto de 1978.

III

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Luego de transcribir los artículos 1887 y 1888 del C. Civil el sentenciador expresa:

"Si del contrato emana la expresión de la cabida en forma exacta, pues se trata de apreciaciones matemáticas, y en el mismo las partes no declaran"... que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulta mayor o menor que la cabida que reza el contrato, debe entenderse que el contrato se hizo con relación a dicha cabida; de lo contrario, debe entenderse que la venta tuvo por objeto un cuerpo cierto.

"Por esta razón, los incisos 3º y 4º de la primera de las normas antes mencionadas, expresan que es indiferente la forma como se estipula el precio total y la cabida total. Quiso el legislador, en la reglamentación anterior, prever los conflictos que en estas ventas pudieran ocurrir por la falta de precisión en la extensión, pero cuando dicha falta alterara el precio previsto por los contratantes, en forma tal que se afectaran seriamente sus derechos.

"De lo expuesto se deduce, pues, que dos son los presupuestos esenciales para la viabilidad de la pretensión en estudio: a) que del contrato aparezca sin lugar a dudas, que la compraventa se hizo por cabida; b) que en el evento de que lo anterior resulta cierto, el precio de la cabida que falte alcance a más de una décima parte del precio de la cabida completa. Esto, a fin de que el comprador no pueda elegir, según el último inciso del artículo 1888 ib. a su arbitrio, entre aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato, con resarcimiento de perjuicios".

Enseguida enlista el fallador las pruebas aducidas por las partes para concluir que "analizadas aisladamente así como en conjunto, y en utilización de los principios que informan la persuación racional, de todas y cada una de las pruebas producidas en el proceso, se llega a la siguiente conclusión:

"a). En el instrumento por el cual el demandado vendió al demandante el inmueble cuya extensión es el objeto de la controversia se dijo que se transfería el derecho de dominio de las fincas denominadas 'Buenavista' y 'San José o los Robles', señalándose los linderos respectivos dentro de los cuales se encuentra situados. El precio se señaló en una cantidad única de $ 330.000.00 sin que en la cláusula en que éste se insertó, se hubiera hecho alusión a la extensión del inmueble; no obstante, en la cláusula quinta se dijo que la cantidad de tierra que Sánchez López vende, en consideración a la cual compra Triana García, es de noventa y ocho fanegadas'... **aproximadamente**, equivalente a 62 hectáreas y 7.200.00 metros cuadrados".

"En razón a la forma como se estipuló el precio en este documento, en el cual, en una oportunidad se alude a una cantidad precisa por predios incluidos dentro de ciertos linderos, y en las siguientes cláusulas se dijo que el comprador adquiría en consideración a una cabida que no se anunció, por cierto, en forma precisa, debe concluirse que del mencionado instrumento no fluye la prueba debida de que la venta se hubiera afectuado por cabida, esto es, que la intención de las partes hubiera sido la de dejar plasmada en el contrato su voluntad de que la compraventa se hacía en consideración a UNA CABIDA CIERTA".

Después, para dar apoyo a su conclusión de que la intención de las partes no fue celebrar venta por cabida, el Tribunal ofrece las siguientes soportes de su deducción:

a) Si tanto en el documento privado que recoge la promesa de venta, como en la escritura pública en que se consignó el contrato, al hablarse de la cabida se precisó que ésta era "aproximada", síguese que los contratantes no tuvieron en cuenta una cabida exacta; que si la Corte en su sentencia de 14 de junio pasado dijo que la venta por cabida debe quedar clara e inequívocamente determinada en el contrato, pues, en caso de duda debe el Juez decidir que el predio se vendió como cuerpo cierto y no en consideración a su cabida, en el caso a estudio, en que la palabra "aproximadamente" genera una fuerte duda, debe concluirse que la venta fue de cuerpo cierto.

b) El demandante "confesó explícitamente" que desde antes de suscribir la escritura de compra, ya sabía que el fundo rústico no tenía extensión de 98 fanegadas, confesión que acompasa con lo dicho por el testigo Acevedo Medina, quien asevera que antes de suscribir la escritura las partes discutieron el aspecto de la cabida, no obstante lo cual se dejó constancia de que se vendía, anotando la aproximación y no la extensión exacta.

Con estas bases el Tribunal remata su sentencia de la manera siguiente:

"Si se ha probado que los contratantes acordaron celebrar un contrato de compraventa, dejando anotada una extensión **aproximada**, ello significa que la venta fue como cuerpo cierto y no por **cabida exacta**. además, no sobra advertir que en el contrato se dijo que la venta incluía bienes y mejoras existentes en los inmuebles, lo que es de deducir que el precio se señaló en consideración, también, de tales circunstancias y no solamente en razón a la cabida expresada en forma tan dudosa".

III

La demanda de casación

Tres cargos enfila el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos con apoyo en el motivo primero de casación. Se despa-

charán conjuntamente porque la tesis que luego expondrá la Corte, es razón suficiente para desecharlos uno a uno o en conjunto.

Primer cargo

Irrumpe el censor atacando el fundamento principal de la tesis del Tribunal relativa a que si en el contrato de compraventa no se expresa en forma precisa y exacta la cabida del predio rústico, objeto del contrato, la venta debe entenderse ad corpus; que tal sucede cuando expresándose la cabida se dice que el señalamiento se hace de manera aproximada.

Replica la censura que como el artículo 1887 sólo exige, en el punto, que la cabida se exprese "de cualquier modo", el Tribunal legisló al requerir que el señalamiento debía ser preciso y exacto.

El censor alega que la cabida sólo debe expresarse "de cualquier modo", expresión que es entígona de "exacto" y "preciso"; que no habiendo definido el legislador aquel término, debe entenderse en su sentido natural y obvio; que, por ende, el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1887 del C. Civil que no exige expresar la cabida exacta o precisa, sino sólo 'de cualquier modo'.

Luego el impugnante manifiesta que "en cada caso el problema de si se vende ad corpus o por cabida es una cuestión de hecho"; que en el que ahora se decide no puede aplicarse por sectores lo dicho por la Corte en sentencia de 14 de junio de 1975, pues el tema litigado fue totalmente diferente; que en el sub judice resulta que la cabida de 98 fanegadas aproximadas resultó ser de sólo 48 realmente, es decir de menos de la mitad de la cabida declarada, lo cual no es "una aproximación tolerable".

Enseguida el censor transcribe jurisprudencia chilena sobre la interpretación que debe darse a la expresión "más o menos" referida a la cabida declarada, para concluir que esta expresión comporta una pequeña diferencia entre la cabida declarada y la cabida real. Pasa después el impugnador a prohijar la tesis de Rodríguez Fonnegra, quien expresa que "decir que la cabida es 'aproximadamente' la que se indica, o bien que el predio rústico mide 'mas o menos' tantas fanegadas o hectáreas, no es dejar de mencionar en absoluto cabida en consideración a la cual se pacte el precio en cuanto por otra parte no se manifieste la intención de contratar ad corpus; desde luego que tal imprecisión no se refiere sino a porción NO CONSIDERABLE de la extensión que se atribuye al terreno".

"Lo relativo al alcance de 'aproximadamente', de 'mas o menos' o de expresión análoga es, en efecto, asunto de hecho, y ninguna de estas locuciones tiene la significación de que no importa que la diferencia llegue al décimo, ni aún, tal vez, que ella pase del 5º; cuanto más que entender las cosas de otro modo sería otorgar patentes de cargo, como que alguna vez se privaría así de todo recurso al comprador que resultara defraudado en cuanto a la mitad o más de la cabida, sin que siquiera pudieran trazarse límites al respecto".

"Sobre cual pueda ser el contenido límite de las locuciones aludidas (aproximadamente, más o menos), sin convertir por ello la figura de venta por cabida en venta ad corpus, cita el escritor en su apoyo, a Pothier, un Requeil de 1865 y a Laurent (pág. 40) y hace la nota (5) al pie de página en que compara las expresiones 'más o menos tanto' y 'sin garantía de la cabida' para opinar que ésta sí puede significar que la venta en que se use es ad corpus, y agrega:

" 'Lo que no se expresa con 'aproximadamente' ni con más o menos; adverbio y locución que tienen sentidos propios' ".

Segundo cargo

Está formulado textualmente así:

"El Honorable Tribunal explica al terminar la página 47, el respeto a la voluntad del contratante envuelto en los artículos 1887 y el siguiente: dice que 'en la venta por cabida' la extensión del terreno viene a ser una de las causas —no la única— del contrato, con el solo motivo de determinar el precio (el subrayado es del Tribunal) no da la razón para distinguir entre la causa que motiva el precio, que es la extensión del terreno, y otras causas a que alude, que no las enuncia. Empero, la idea global que allí flota es que en la compraventa por cabida de un terreno o predio rural se exi-

ge, además de la causa común a todos los contratos onerosos, que es siempre la contrapartida para cuya obtención los contratantes se obligan, la fijación de la medida en las ventas por cabida viene a ser el solo motivo de determinar el precio". Esto es la contrapartida de la obligación de pagar el precio al vendedor.

"Así entendido, no tengo ningún reparo legal que oponerle a ese pasaje del fallo, sino que no concreto su pensamiento —**sobre la causa jurídica al hecho— cláusula quinta** debatida en el proceso de la escritura pública de venta, que sirve al mismo tiempo de causa y de motivo determinante al señor Capitolino Triana de comprar y pagar un precio por un terreno que tuviera 98 fanegadas de cabida, aproximadamente.

"Si en algún contrato ha sido técnica la redacción de una cláusula que refleje el pensamiento claro y profundo del señor Bello al redactar la definición de causa en el artículo 1524 del C. C., es en la 5ª del contrato aludido. El precepto dice:

"Se entiende por **causa** el motivo que induce al acto o contrato". Y la cláusula es:

"**Quinta**. La cantidad de tierra que Sánchez López vende, en consideración a la cual compra Triana, es de noventa y ocho fanegadas, aproximadamente o 62 hectáreas y 7200 metros cuadrados".

"El motivo que indujo a Sánchez a vender, en consideración al cual compró Triana, fue **la cantidad de tierra** allí determinada.

"Como signo y expresión de voluntad, fue desconocida y desatendida por el sentenciador. "En su tarea o propósito de indagar la voluntad cierta de la obligación del comprador, que era pagarle determinado precio al vendedor, o de motivar su disminución por no recibir todo lo vendido, fue violada por el Honorable Tribunal.

"El motivo era conocido por la otra parte contratante, por el vendedor, es obvio, como cláusula de la escritura contractual.

"Al desconocer el sentenciador la voluntad cierta de las partes y por consiguiente incurrir en violación del artículo 1524 del C. C., en un proceso investigativo, los hizo a consecuencia de un error de hecho que aparece de modo manifiesto en la escritura pública de compraventa Nº 162 pasada ante el Notario Unico de Facatativá el 27 de febrero de 1973, y así tomó la venta del predio como de cuerpo cierto, aplicando indebidamente el último inciso del artículo 1887 e interpretando erróneamente el segundo inciso, que empieza: 'Se vende con relación a su cabida ...'. Triana adquirió la obligación de pagar el precio en **consideración** a la cantidad de tierra que Sánchez dijo venderle".

Tercer cargo

Después de afirmar que frente a los cambios introducidos por el nuevo Código de Procedimiento Civil en punto de valoración probatoria, el error de derecho ya sólo puede presentarse "en los pocos casos en que subsista la tarifa de credibilidad y de eficacia, como en las obligaciones y contratos sujetos a solemnidades" y que el de hecho, "abolida la tarifa, no puede aparecer de modo manifiesto, sino subsumido en la apreciación en conjunto de todas las pruebas", el censor manifiesta que el Tribunal, de lo afirmado por Capitolino Triana en su declaración de folios 30 del cuaderno del Tribunal, concluyó que éste había confesado que compró cuerpo cierto porque previamente tuvo conocimiento que la cabida no era la enunciada en la promesa y a pesar de ello suscribió la escritura de venta, siendo que, por el contrario, lo dicho por él fue que no se pudo hacer la mensura de todo el terreno por haberlo prohibido el vendedor Sánchez, pero que de la parte medida por Celso Flórez se venía en conclusión de que "no salen las 98 fanegadas" que el vendedor había prometido vender.

Luego expresa el censor que "además del error de hecho manifiesto en la apreciación de una respuesta del demandante a un interrogatorio ordenado de oficio por la señora Magistrada ponente, cuando ésta afirma que Triana dijo lo que no dijo, al tomarla como prueba de confesión de parte y no en la integridad de la respuesta, incurrió en violación del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil por no tomarla con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, consistentes en que sí midió la finca, pero no toda, no dos lotes ni tres, sino uno apenas. Es un caso en que el error de he-

cho en la apreciación de la prueba implica —ipso facto— un error de derecho, dada la omisión no advertida, o sea que midió defectuosamente, pero no todo el predio negociado.

"En el mismo aparte de la sentencia que comento como expresivo de un error de hecho manifiesto (pág. 50 del C. del Tribunal), trae a cuento para sustentar su afirmación de que el actor Triana tenía cuando vendió, pleno conocimiento de la cabida del predio, no 98 fanegadas sino una extensión menor por haberla medido por manos del señor Flórez al testimonio del señor Acevedo Medina (folio 39 del C. del Juzgado). Sin duda es un buen testimonio. Pero nada dice el señor Acevedo sobre si Triana había o no medido la finca. La afirmación versa sobre palabras del señor Sánchez, no de Triana, de que le dijo al testigo que no vendía por cabida pero sí 98 fanegadas 'aproximadamente', como había sido la promesa. Empero,repito que el testigo, al decir que dijo, se refiere a lo que Sánchez le manifestó al testigo. Y si bien es cierto que al testimonio del señor Acevedo insiste en que el negocio lo pensaba hacer Sánchez por aquella cantidad de 98 fanegadas pero aproximadamente, su buen dicho ni quita ni pone al resto de la promesa, cláusula quinta, ni al de la escritura posterior, también cláusula quinta, que usan ese vocablo. En otras palabras: el testimonio del señor Acevedo no vale más que la cláusula quinta de la escritura porque dice lo mismo.

"Tanto es así que el sentenciador en el mismo aparte que señalo como contentivo de un error manifiesto en la apreciación de determinada prueba, dice que lo añade 'para mayor abundamiento', porque acaba de concluir inmediatamente antes, que la palabra 'aproximadamente' aplicada a la extensión de los inmuebles, 'excluye la certeza de la cláusula, dejando la duda que motivó el litigio' (pág. 50, in límine).

"Pero la conclusión del sentenciador, de que el adverbio en cuestión excluye la interpretación ad padem literae de haber sido hecha la venta por cabida, ya fue materia, en este recurso de casación, de mi primer cargo de violación directa de ley sustancial.

"A consecuencia de estos errores, el sentenciador violó el artículo 1887 del C. C. de dos maneras: a) por negarse a aplicar el segundo inciso que prescribe la venta por cabida, y b) aplicando en cambio el último sobre venta de cuerpo cierto".

Consideraciones

1. Distintos efectos otorga la Ley al contrato de compraventa de predio rústico, según que se haya celebrado con relación a su cabida o como especie o cuerpo cierto. Reviste, entonces, señalada importancia determinar cuándo el contrato debe considerarse ajustado de uno u otro modo.

Ha de entenderse que el fundo se vende con relación a su cabida, y no ad corpus, cuando siendo ella el fundamento de la fijación del precio de la compraventa, en el contrato se expresa la cabida de cualquier manera. Con todo, si a pesar de esta precisión las partes declaran no hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real de la heredad resulta mayor o menor que la que reza el contrato, la venta ha de considerarse como de cuerpo cierto, porque en el punto, que no incide en el campo del orden público, ni en el jurídico ni en el económico, priva la voluntad de las partes claramente manifestada.

Ahora bien, hecha la venta con relación a la cabida, si la cabida real resulta mayor que la declarada, la ley faculta al vendedor para demadar del comprador, dentro del año siguiente a la venta, el pago del aumento proporcional del precio; y si este aumento alcanzare a más de una décima del precio de la cabida real, el comprador queda con el derecho alternativo de pagar dicho aumento o desistir del contrato con potestad para exigir pago de perjuicios. Pero si la cabida real resulta ser menor que la declarada, entonces es el comprador quien podrá demandar al vendedor para que la complete la cabida que reza el contrato; y si no quiere pedir este complemento o fuere imposible al vendedor darlo, podrá demandar que se disminuya proporcionalmente la suma pagada; y si el valor de la cabida que falte es mayor que una décima del precio de la cabida completa, el comprador podrá desistir del contrato

con derecho a que se le indemnice de los perjuicios sufridos.

Por el contrario cuando la dicha venta se ha hecho como cuerpo cierto, no se producen los efectos jurídicos señalados antes.

2. Como se desprende de la parte final del artículo 1887 del C. Civil, toda venta de predio rústico ha de entenderse, en principio, como de especie o cuerpo cierto, salvo que la cabida que haya servido para fijar el precio se haya declarado de cualquier modo en el contrato. Con otras palabras: para que la compraventa que tenga por objeto predio rústico puede entenderse hecha con relación a la cabida del fundo, es indispensable que en el contrato se exprese de cualquier modo la cabida que ha sido base de la fijación del precio de la venta, puesto que en todos los demás eventos ha de entenderse que el contrato de compraventa fue hecho ad corpus.

3. Estos principios que, prima facie, ostentan aparente claridad, están henchidos de innúmeras dificultades. Las variadas situaciones de hecho que suelen presentarse y la distinta inteligencia que podría darse a los textos legales que las enuncian son la fuente de esa perplejidad.

Para disipar la incertidumbre que nace del estudio de esos preceptos, en razón de tales situaciones, vése la necesidad imperiosa de fijar, en primer término, el alcance y el sentido de la locución "expresar la cabida de cualquier modo", utilizada en el artículo 1887 precitado, cuyo texto es el siguiente:

"Un predio rústico puede venderse con relación a su cabida, o como una especie o cuerpo cierto.

"Se vende con relación a su cabida, siempre que esta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entieden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato.

"Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que este se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida.

"Es asimismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal de que estos datos resulta el precio total y la cabida total. (Subraya la Corte).

"Lo mismo se aplica a la enajenación de dos a más predios por una sola venta. En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

Analizando uno a uno de los incisos que componen el cuerpo de la norma transcrita y estudiéndolos también en su conjunto, se viene a concluir que el mismo legislador ha dado pauta segura y definida para el entendimiento de aquella expresión. En verdad, al desarrollar el principio de que siempre que de cualquier modo se declare la cabida ha de entenderse que la venta fue hecha, no ad corpus, sino con relación a su cabida, explica el legislador que es indiferente que en el contrato se fije un precio total o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se exprese y del precio de cada medida; y que asimismo es indiferente que se indique una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total. Es decir que para considerar que en el contrato sí se declaró la cabida total del predio rústico, no interesan las palabras o las distintas bases que los contratantes usen para expresarla; lo sustancial es que tanto la cabida total como el precio total puedan determinarse ciertamente de las declaraciones hechas en el instrumento que recoge el contrato, o de las bases que los contratantes manifiesten haber tenido en cuenta para fijar el precio. No importa, pues, que se hayan usado unos u otros vocablos, o que se hayan tomado estas o aquellas bases; lo esencial, para que deba aceptarse que la cabida del fundo fue expresada en el contrato, es que de los datos, sean los que fueren, consignados por las partes en él, "resulte el precio total y la cabida total". Es esta la importante regla que, para orientar al intérprete, contiene el Código Civil en los incisos 3º y 4º del artículo 1887. Con tal que de estos datos —dice la norma citada— resulten el precio total y la cabida total, la manera como la cabida se exprese puede ser cualquiera.

4. Qué propósitos busca el legislador con estas precisiones?

Dice el artículo 1888 del C. Civil:

"Si se vende el predio con relación a su cabida, y la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio; salvo que el precio de la cabida que sobra, alcance en más de una décima parte del precio de la cabida real; pues en este caso podrá el comprador, a su arbitrio, o aumentar proporcionalmente el precio, o desistir del contrato; y si desiste, se le resarcirán los perjuicios según las reglas generales.

"Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla; y si esto no le fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte, alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, o aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato en los términos del precedente inciso".

Como este precepto, entre otros derechos, concede a vendedor y comprador el de que el precio se aumente o se disminuya, según que la cabida real del predio rústico resulte mayor o menor que la declarada, y aún otorga derecho al segundo para desistir del contrato si al precio de la cabida que sobre, o que en su caso falte, es superior a la décima del precio de la cabida real, resulta patente que para precisar el aumento del precio o, inversamente el de su disminución, y determinar si el valor de la disminución o del aumento del precio alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, hácese indispensable a todas luces saber con absoluta precisión cuál fue la cabida total, es decir la cabida íntegra expresada por las partes en el contrato. Sin este exacto fundamento, no se podría, conocida la cabida real, determinar la diferencia entre ésta y la cabida declarada por los contratantes, y mucho menos puntualizar si el valor de la cabida que sobre, o que en su caso falte, alcanza a más de una décima del total valor de la verdadera cabida.

Viene como necesaria conclusión de lo expuesto que cuando en el contrato se habla de cabida "aproximada" y no de la cabida precisa y, además, no se indica el valor de cada unidad de medida acordado para fijar el precio total de la compraventa, el contrato no puede considerarse hecho con relación a la cabida del predio rústico que se vende, pues así, de ninguna manera, ni de cualquier modo, queden señalados el precio total de la venta y la cabida total del fundo.

Al expresarse que la cabida que se declara es solamente "aproximada", con ello las partes están aceptando que ella puede ser un poco mayor o un poco menor; pero que en uno y otro casos el precio convenido será el mismo. Por manera que si después se demuestra que la cabida real es algo mayor o algo menor que la declarada, no se podría demandar ni el aumento del precio ni su disminución; y si resultase que aquella cabida no es un poco mayor o menor, sino mucho mayor o mucho menor, tampoco podría demandarse la merma del precio o su incremento, desde luego que se carecería de punto de referencia, por haberse omitido en el contrato precisar la cabida total, declarándose sólo una "aproximada"; y porque, además, se habría omitido señalar el precio convenido a cada unidad de medida. Asimismo no se podría, en caso de optarse por el desistimiento del contrato, saber si realmente el valor de la décima parte de la cabida real sería inferior al de la cabida sobrante o faltante, porque habiéndose expresado en el contrato sólo una cabida "aproximada", necesariamente el sobrante o el faltante liquidado con esta base sería igualmente "aproximado" y no cierto.

5. Conclúyese de lo anterior que cuando en la escritura de venta del predio rústico se puntualiza únicamente el precio total de éste, pero la cabida se expresa sólo de manera "aproximada", la compraventa debe entenderse hecha como de cuerpo cierto, ad corpus.

6. Finalmente es bueno precisar que para efectos de saber si una venta se hizo con relación a la cabida o como especie o cuerpo ciertos no es lo mismo expresar que el precio se determinó en atención a la cabida expresada, que manifestar que el móvil de la compraventa ha sido esa cabida. En efecto, en el primer caso, cuando la cabida declarada ha sido la determinante del precio convenido, es decir, cuando el precio se fija en la suma pactada por ser

la cabida la que en el contrato se indica, la disminución o el aumento de la cabida sólo daría derecho a proporcional aumento o disminución del precio, o aún, si se da la hipótesis legal, al desistimiento del contrato. Pero si la cabida expresada no ha sido el factor determinante de la fijación del precio, sino al de la celebración del acto jurídico, entonces la inexactitud en la cabida podría generar la nulidad relativa del contrato, por haber fallado su móvil único a causa de error, o aún de dolo.

7. Regresando al caso que en este proceso se debatió y examinada la Escritura Nº 162 corrida ante el notario del círculo de Facatativá el 27 de febrero de 1973, instrumento contentivo del contrato de compraventa que ajustaron entre sí Excehomo Sánchez y Capitolino Triana, adviértese que la única declaración atinente a la cabida del predio rústico que fue objeto de la convención es del siguiente tenor: "Quinta. La cantidad de tierra que Sánchez López vende, en consideración a la cual compra Triana, es de noventa y ocho fanegadas, aproximadamente, equivalentes a 62 hectáreas y 7200 metros cuadrados". Como brota del texto transcrito, fue la cabida declarada lo que tuvo en consideración Triana para comprar, es decir celebrar el contrato, mas no fue la cabida el fundamento del precio acordado, porque ni se dijo así, ni se estipuló el de cada fanegada o hectárea, para luego calcular al precio de la venta. Entonces, habiéndose estipulado que la cabida declarada era apenas "aproximada", y no apareciendo, por otra parte, el precio convenido para cada unidad de medida, es menester concluir que la venta fue de cuerpo cierto.

Los cargos lanzados contra la sentencia no pueden prosperar entonces, pues fundándose todos en que la venta se hizo con relación a la cabida y no **ad corpus**, quedan, como se demostró sin piso legal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema 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 30 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de Capitolino Triana contra Excehomo Sánchez.

Y como el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria, no se condena en costas al recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

ACCION PAULIANA

Término para instaurarla

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Decídense los recursos de casación interpuestos por los demandados contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario de ISABEL CASTRO DE HERNANDEZ, MARIA DOLORES CASTRO AGUIAR, el "FIDEICOMISO TESTAMENTARIO CONSTITUIDO POR MEDIO DE LA ESCRITURA Nº 2192 DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 1956 DE LA NOTARIA SEGUNDA DE IBAGUE" y la sociedad de hecho "FELIPE CASTRO G. SUCESORES", contra ISABEL AGUIAR VIUDA DE CASTRO y la sociedad comercial "AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA".

II

Antecedentes

1. Los mencionados demandantes formularon en su libelo las siguientes súplicas, que conviene transcribir:

"PRIMERA: Que por haberse obrado en fraude de la sociedad de hecho FELIPE CASTRO G. SUCESORES, se declare rescindido el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública Nº 97 de fecha 16 de febrero de 1973, de la Notaría de Armero, registrada en la oficina de registro del Círculo de Ibagué el 20 de febrero de 1973 en el libro 1º, Tomo 3º, folio 233, partida 525, matriculado en el tomo 1º de 1972 de Roncesvalles, folio 148, partida 16, contrato mediante el cual ISABEL AGUIAR VIUDA DE CASTRO transfirió a título de venta varios inmuebles a la sociedad de comercio 'AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA', detallados en el hecho 8º de esta demanda.

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Ibagué haga la cancelación del registro de la Escritura Nº NOVENTA Y SIETE (97) de fecha 16 de febrero de 1973, otorgada en la Notaría del Circuito de Armero, registro que es el citado en el punto anterior.

"TERCERA: Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, al quedar nuevamente de propiedad de la señora ISABEL AGUIAR VIUDA DE CASTRO los bienes que ésta le transfirió a la sociedad de comercio 'AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA' por medio de la Escritura 97 citada arriba, dichos bienes servirán para que la sociedad de hecho 'FELIPE CASTRO G. SUCESORES', cuya existencia se declaró por medio de la sentencia dictada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué el 8 de octubre de 1971, se pague los valores que resultan a su favor de la liquidación de la mencionada sociedad de hecho, todo de acuerdo con la sentencia citada enantes, y las costas causadas en dicho proceso.

"CUARTA: Que se condene en costas a la parte demandada".

2. Pueden resumirse así los hechos en que se apoyaron tales súplicas.

a). En proceso ordinario que promovió Isabel Castro de Hernández contra Isabel Aguiar viuda de Castro y Ana Lucía Castro de Díaz, el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué dictó sentencia en cuya parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO. Declarar que entre la señora Isabel Aguiar viuda de Castro, la señora Ana Lucía Castro de Díaz, la señora Ana Isabel Castro de Hernández, la religiosa María Dolores Castro Aguiar, mayores de edad y vecinas de este municipio las tres primeras, y la última mayor de edad y vecina del municipio de Bogotá, y el fideicomiso constituido por la Escritura Nº 2192 de fecha 30 de noviembre de 1956 de la Notaría Segunda de Ibagué, del cual es fideicomisaria la religiosa María Dolores Castro Aguiar y tenedora fiduciaria la señora Ana Isabel Castro de Hernández, se constituyó desde el año de 1961 una sociedad de hecho denominada 'FELIPE CASTRO G. SUCESORES', por medio de la cual cada una de las cuatro personas naturales aludidas y el fideicomiso pusieron en común varios ganados de su propiedad con el objeto de explotarlos económicamente en la finca 'La Granja', ubicada en el municipio de Roncesvalles, para repartirse entre sí las ganancias o pérdidas resultantes de la especulación, habiéndose hechos los aportes en ganados vacunos, caballares y mulares, en las siguientes proporciones: la señora Isabel Aguiar viuda de Castro ganados por la suma de SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 66.657. 50); la señora Ana Lucía Castro de Díaz ganados valorados por la suma de CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 4.162.10); la señora Ana Isabel Castro Aguiar de Hernández ganados valorados por la suma de VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS ($ 21.861.00); la religiosa María Dolores Castro Aguiar, ganados por la suma de NOVENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($ 92.40), y el fideicomiso testamentario, ganados por la suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 752.50); que dicha sociedad de hecho ha funcionado desde el año de 1961 ininterrumpidamente hasta el 25 de febrero de 1970, fecha del último inventario, el cual arroja la siguiente existencia: doscientos treinta (230) cabezas de ganado vacuno, doce (12) caballares y dos (2) mulares, además del dinero representativo del valor de las diez (10) novillas que le fueron depositadas al señor Francisco Arturo Castro por el Juzgado Promiscuo Municipal de Roncesvalles el día 22 de Noviembre de 1969 y que éste vendió según informe que dio a dicho Juzgado el día seis de febrero de 1970.

"SEGUNDO. Que la Sociedad de Hecho así declarada tiene derecho a participar de las ganancias y pérdidas resultantes de su especulación hasta cuando se verifique su liquidación (sic).

"TERCERO. Como consecuencia de la declaración primera se ordena la liquidación y la división de los objetos que componen su haber, debiéndose aplicar para esto las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios, como lo dispone el Art. 2141 del C. Civil.

"CUARTO. La demandada Isabel Aguiar viuda de Castro queda obligada a restituir al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, a la Sociedad de Hecho 'Felipe Castro G. Sucesores' la totalidad de los ganados a que se refiere la declaración primera con sus correspondientes aumentos.

"QUINTO. Condénase en costas a la parte vencida".

b). Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la revocó y, en su lugar, se declaró inhibido para decidir en el fondo por falta del presupuesto de demanda en forma. Mas la Corte, al desatar el recurso de casación que interpuso la parte demandante, quebró el fallo de segundo grado y lo sustituyó confirmando el del Juez.

c). La existencia de los semovientes a que se refiere el punto PRIMERO de la sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué fue verificada por contador público autorizado, mediante inventario del 25 de febrero de 1970; en diligencia de secuestro practicada por el mismo Juzgado el 22 de abril de dicho año; en diligencia de entrega que tuvo lugar el 9 de septiembre siguiente,y en inspección judicial practicada como prueba anticipada el 9 de febrero de 1973.

d). Ejecutoriada la sentencia que puso fin al proceso ordinario de que tratan los ordinales a) y b) de este resumen, Isabel Aguiar viuda de Castro comenzó a vender los semovientes que esa sentencia le orde-

nó restituir a la sociedad de hecho, con el resultado de que, en la diligencia de entrega que se practicó para ejecutar aquel fallo, se comprobó que la totalidad de esos semovientes habían sido vendidos por apoderados de dicha señora.

e). Para colocarse en estado de insolvencia y completar su maniobra de burlar lo resuelto por la justicia en relación con la entrega de los semovientes a la sociedad de hecho, Isabel Aguiar viuda de Castro procedió a vender a la sociedad 'AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA', constituida por sus hijos legítimos Marco Fidel, Lucía, María Lugarda, Luis Felipe y Francisco, sus derechos en las fincas denominadas La Granja, La Soledad y El Jordán, "bienes inmuebles que le quedaban como único patrimonio". AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA fue constituida el 8 de febrero de 1973 (la sentencia de la Corte en el proceso ordinario está fechada el 11 de enero de 1973), y la venta de los inmuebles a la sociedad formada por los referidos hijos de la vendedora se efectuó el 16 de febrero del mismo año.

f). Tanto la sociedad 'AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA', como todos los socios que la constituyeron, hijos legítimos de Isabel Aguiar viuda de Castro, tuvieron conocimiento de la obligación impuesta en la sentencia con que finalizó el proceso ordinario que reconoció la existencia de la sociedad de hecho, o sea la de restituir a dicha sociedad de hecho "la totalidad de los ganados a que se refiere la declaración primera (de la misma sentencia) con sus correspondientes aumentos", habida consideración de que en ese proceso fueron parte "como demandada ANA LUCIA CASTRO DE DIAZ y como demandado FRANCISCO ARTURO CASTRO AGUIAR en su calidad de apoderado general de la señora ISABEL AGUIAR VIUDA DE CASTRO".

3. Isabel Aguiar viudad de Castro dio respuesta a la demanda manifestando oponerse a las pretensiones de la parte actora, aceptando algunos de los hechos y negando o diciendo que no le constan los restantes. propuso, además, la excepción de prescripción extintiva de la pretensión pauliana.

El Gerente de la sociedad Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada fue emplazado, por haber manifestado la parte demandante, bajo juramento, que se hallaba ausente y se desconocía su paradero. Fijado el edicto correspondiente y hechas las publicaciones que ordena la ley, dicho Gerente compareció al proceso y contestó la demanda, oponiéndose igualmente a las súplicas contenidas en ella, entre otras razones porque "es necesario que el crédito a favor de los demandantes para promover esta acción sea líquido, que se conozca cuanto les debe la señora Isabel Aguiar vda. de Castro, porque el interés para actuar en esta acción se limita al monto del crédito de los acreedores demandantes.....". En cuanto a los hechos, lo mismo que la otra demandada, aceptó algunos, negó otros y expresó no constarle los restantes.

4. El Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, que conoció del proceso en la primera instancia, lo falló declarando no probada la excepción de prescripción extintiva y acogiendo favorablemente todas las súplicas de la demanda.

5. Apelado ese fallo por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la sentencia acusada en el recurso extraordinario, de fecha 20 de junio de 1975, lo confirmó en todas sus partes, con costas a cargo de la parte apelante.

III

Motivación de la sentencia impugnada

Dadas la precisión y brevedad de su parte considerativa, conviene reproducir ésta textualmente:

"En el caso sub lite, donde nada se ha discutido sobre los presupuestos procesales, ya que se han llenado a cabalidad, en razón de estar la demanda en forma por haber llenado los requisitos exigidos en los artículos 75 y subsiguientes del C. de P. C. y haberse tramitado el proceso por la cuerda apropiada; ser las partes capaces tanto de ser sujetos de derecho como de comparecer en juicio, y ser el Juez competente por todos los factores que limitan la competencia, se ejerce por la parte demandante la acción pauliana o de revocación consagrada en el Art. 2491 del C. C., llamada

así por atribuirse su creación al pretor Paulo y que al decir de Colin y Capitant —III, pág. 91—, constituía un remedio 'en forma de acción de carácter penal dirigida contra el tercero culpable por haberse prestado en complicidad con el deudor, a maniobras fraudulentas dirigidas a despojar a los acreedores originando una condena pecuniaria'.

"Tanto los autores, como la jurisprudencia nacional y extranjera, han visto como elementos axiológicos de esta institución jurídica los siguientes: a). un perjuicio al acreedor demandante, y b). el fraude cometido por el deudor demandado, que los romanos expresaron como el 'eventus damni' y el 'consilium fraudis'.

"Puestas ya estas bases, es preciso analizar ahora el material probatorio para determinar si de acuerdo con él, se han llenado o no los dos requisitos que se dejaron enunciados.

"Este material probatorio pone en evidencia que la demandada, Isabel Aguiar vda. de Castro, enajenó todos los semovientes que eran de su propiedad e hizo tradición, asimismo, de todos los inmuebles de los cuales tenía el dominio. Estos hechos se patentizan con las declaraciones y documentos que obran en el proceso, corroborados en forma nítida con la declaración de renta de la señora Isabel Aguiar vda. de Castro visible a folios 2 y siguientes del cuaderno 4, donde se relatan las ventas y se observa que esta señora no tiene propiedad diferente a un dinero que ni siquiera aparece depositado en los bancos sino bajo la denominación de 'en caja', y unos créditos activos a cargo de tres de sus hijos. Esta afirmación, que son hijos de la señora Aguiar vda. de Castro, quienes figuran como sus acreedores en la declaración de renta referida, se hace porque así consta en otro proceso librado entre las mismas partes y porque así lo han manifestado las partes.

"También está probado que la parte demandante es acreedora de la demandada señora Isabel Aguiar vda. de Castro, como lo acreditan las copias de las sentencias que obran en los autos, ya que en la parte resolutiva de la sentencia visible a folios 65 y 66 se impone a dicha señora la obligación de: 'restituir a la sociedad de hecho Felipe Castro G. Sucesores la totalidad de los ganados a que se refiere la declaración primera con sus correspondientes aumentos'.

"Entonces, existe un perjuicio para la parte demandante en este proceso? La respuesta a este interrogante la da la conducta asumida por la demandada Isabel Aguiar vda. de Castro, quien a sabiendas de la obligación impuesta en la sentencia y violándola, en vez de cumplir con lo ordenado procedió a vender los ganados y todos los otros bienes reduciendo su capital a dinero, el cual es prácticamente intangible para los terceros, puesto que a la hora de su efectivización puede haber desaparecido en manos del deudor. Nótese que ese dinero ni siquiera aparece consignado en los bancos y que sólo figura 'en caja'. Lo mismo ocurre con los créditos denunciados, pues a la hora de la verdad basta la afirmación de que ya fueron solucionados para que no sean perseguibles.

"El fraude, esta misma conducta, vender lo que estaba obligada a restituir y hacer desparecer su patrimonio inmobiliario, hace aparecer la actitud de la señora Aguiar vda. de Castro como fraudulenta. Ahora es notorio que todos sus hijos conocieron la obligación de la señora Isabel Aguiar vda. de Castro, conocimiento que se supone por los vínculos de afecto y espirituales entre quienes son entre sí padre e hijos, y porque además puede verse que para disfrazar la venta de los derechos inmobiliarios, para que no apareciera como de madre a hijos, éstos constituyeron una persona moral diferente, la sociedad 'Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada', detrás de la cual se esconden Marco Fidel, Lucía, María Lugarda, Luis Felipe y Francisco Castro Aguiar. Además, Marco Fidel y Francisco Castro, son apoderados generales de Isabel Aguiar de Castro, lo cual los obliga a conocer todas las acreencias y obligaciones de su mandante, y como socios de la compañía 'Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada' es apenas lógico concluir que siendo su madre la vendedora informaran de todos los pormenores a sus hermanos-socios, y María Lugarda Castro fue demandada en el proceso cuyas copias se acompañaron a los autos y Francisco actuó tangencialmente en dicho proceso.

"No tiene validez el argumento de que se ha pedido para una persona inexistente, porque como puede verse, folio 117 vuelto, se pide a nombre dé Isabel o (sic) María Dolores Castro y en representación de un fideicomiso para evitar que se defraude a la sociedad de hecho 'Felipe Castro G. Sucesores' de la obligación impuesta a Isabel Aguiar vda. de Castro de restituir unos ganados a la mencionada sociedad.

"La sentencia aludida antes impuso una obligación a la señora Isabel Aguiar vda. de Castro, lo cual obvia todo comentario tendiente a mostrar si hay o no acción contra ella, pues a toda obligación acude una acción, lo cual es un principio general de derecho y si, como es patente en este caso, por propia afirmación de la demandada ella dispuso de los ganados que estaba obligada a entregar y por medio de actos de enajenación sacó de su patrimonio todos los bienes aparentemente perseguibles, procede contra ella la acción de que trata el Art. 2491 del C. C.

"Basta observar que desde cuando se verificaron los actos atacados hasta la fecha de la presentación de la demanda no había transcurrido un año, para desechar la excepción de prescripción".

III

Las demandas de casación

Ambos demandados interpusieron el recurso extraordinario contra la sentencia cuya motivación ha quedado transcrita. Sus correspondientes demandas serán estudiadas separadamente.

A. La demanda de Isabel Aguiar viuda de Castro

Ocho cargos formula esta parte recurrente, todos ellos por la causal primera. Por razones que no indica, el impugnador pide que los cuatro primeros sean estudiados en conjunto.

Primer cargo

Se hace consistir en la violación indirecta, por aplicación indebida, del ordinal 1º del artículo 2491 del Código Civil, a consecuencia del error de derecho consistente en haber tenido por probado el parentesco de Isabel Aguiar vda. de Castro, con los socios de la sociedad Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada "porque así consta en otro proceso librado entre las mismas partes y porque así lo han manifestado las partes", deduciendo de allí que los hijos conocieron la obligación de su madre para con la sociedad de hecho. Indica como violación medio los artículos 101, 102, 105 (cuyo inciso tercero quedó sustituido por el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970), 106, 107 y 110 del Decreto Ley 1260 de 1970, así como el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, en el caso de que el matrimonio fuera anterior a la vigencia de la Ley 92 de 1938.

Segundo cargo

Violación de la misma norma sustancial y por igual concepto, por error de hecho que radica en haber supuesto el Tribunal, sin haber pruebas de ello, que la demandada Isabel Aguiar vda. de Castro "enajenó todos los semovientes que eran de su propiedad e hizo tradición, asimismo, de todos los inmuebles de los cuales tenía el dominio"; no pudiéndose tener como prueba de la existencia de los semovientes la sentencia proferida en el proceso sobre la sociedad de hecho, "pues apenas ordena liquidarla y mientras tal liquidación no ocurra mal puede saberse qué bienes existen y cuáles existían al tiempo de proferirse dicha sentencia y quedar ejecutoriada", ni pudiéndose tampoco tener la declaración de renta de dicha demandada, por el año de 1973, como prueba de que no tenía semovientes ni inmuebles, pues no demuestra "que no los hubiera tenido antes; ni que no los hubiera tenido después".

Tercer cargo

Quebranto de la misma disposición legal y por idéntico concepto, a causa de error de hecho que consiste en haber dicho el Tribunal que la demandada Aguiar vda. de Castro procedió a "vender lo que estaba obligada a restituir" y a "hacer desaparecer su patrimonio inmobiliario", sin haber en el proceso prueba alguna de ello e incurriendo en la contradicción de haber afirmado antes que dicha demandada "ena-

jenó todos los semovientes que eran de su propiedad".

En apoyo de su impugnación, afirma el recurrente que "la sentencia del proceso anterior sobre sociedad de hecho, no condenó a restituir ningún ganado en particular. Es obvio que el haber existido ganado cuando se constituyó una sociedad de hecho, no significa que exista al momento de su liquidación, pues ha podido ser vendido permutado, etc., ha podido morirse, ha podido ser robado.... Mientras no se produzca la liquidación, no se sabrá si existen ganados y cuáles, y mucho menos se podrá saber quién le debe a quién y cuánto!". Y agrega: "Cuando el punto 3º de la resolución, de la sentencia dictada en el primer proceso, dice que la demandada Isabel Aguiar vda. de Castro 'queda obligada a restituir al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, a la sociedad de hecho 'Felipe Castro G. Sucesores' la totalidad de los ganados a que se refiere la declaración primera con sus correspondientes aumentos', está refiriéndose, obviamente, a LOS GANADOS QUE PUEDAN EXISTIR EN ESE MOMENTO DE LA EJECUTORIA, para que se haga la correspondiente liquidación de dicha sociedad de hecho! Pero tal condena no implica que existan ganados! Esto es demasiado obvio!".

Cuarto cargo

Nueva infracción del ordinal 1º del artículo 2491 del Código Civil, por indebida aplicación, a consecuencia de los siguientes errores:

a). "Un error de derecho, en la apreciación de las pruebas, al presumir la mala fe de los deudores de doña Isabel Aguiar vda. de Castro (se refiere el recurrente a los créditos de ésta contra sus hijos, según la declaración de renta de 1973, que el Tribunal juzgó de difícil persecución), violando el artículo 769 del C. C., conforme al cual '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'. Falta de aplicación de este texto.

b). "Otro error de derecho, por violación del mismo texto legal, por no aplicarlo, respecto a la mala fe que presumió en el gerente de la sociedad compradora.

c). "Error manifiesto de hecho al considerar que había prueba de mala fe, por presumir el simple conocimiento por los socios y el gerente de la sociedad, de la existencia de la sentencia dictada en el proceso de sociedad de hecho y de los negocios de la supuesta deudora, pues una cosa es tener tal conocimiento y otra muy diferente tener mala fe en la celebración de la compraventa; es decir: El Tribunal creyó ver la prueba de una mala fe, en la prueba de ese simple conocimiento (suponiendo que evidentemente existiera esta última prueba). Cuando la verdad es que no existe en parte alguna prueba de la mala fe o el fraude, sino que gratuitamente el H. Tribunal presumió aquélla o éste".

Consideraciones de la Corte

1. Es cierto que el Tribunal dio por probado el parentesco entre la demandada Aguiar vda. de Castro, como madre, y los socios de la sociedad Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada, como hijos, con apoyo en pruebas legalmente ineficaces para tal efecto.

Mas este yerro carece totalmente de trascendencia para los efectos del recurso extraordinario, como quiera que las competentes partidas del matrimonio de dicha demandada con Felipe Castro Guzmán y de nacimiento de los cinco hijos de este matrimonio que constituyeron aquella sociedad, obran a folios 105, 106, 107, 108, 109 y 110 del cuaderno Nº 1, traídas al proceso con la demanda que lo originó.

A lo dicho egrégase que, como lo tiene dicho la Corte, "Cuando el debate no versa sobre el estado civil de una persona, ni sobre derechos u obligaciones que se deriven de ese estado, sino que éste sirve apenas de circunstancia para calificar ciertas cuestiones de hecho incidentalmente relacionadas con el mismo, es claro que basta la admisión que las partes en el proceso hayan hecho de aquella calidad, para que el Tribunal hubiera podido tenerla por establecida" (Cas. 29 mayo de 1967).

Se rechaza el primer cargo.

2. Para despachar los cargos segundo, tercero y cuarto, es indispensable determi-

nar con precisión en qué consiste lo que tradicionalmente se viene conociendo con el nombre de "acción pauliana", regulada por nuestro Código Civil en su artículo 2491.

a). Conforme al 2488 de esa obra, "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables".

Los efectos de las obligaciones son los distintos medios de que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, para hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio embargable de éste, forzándolo a pagar con uno o más bienes corporales o incorporales de su activo, en especie o convertidos en dinero, según el caso.

El acreedor puede valerse de varios medios para tal fin, clasificables en tres grupos: 1º Medios de conservación del activo patrimonial del deudor, 2º. Medios de reintegración de dicho activo y 3º Medios de satisfacción del crédito.

Son medios de reintegración los siguientes: 1. La acción oblicua, cuyo objeto consiste en que el acreedor, con la autorización del juez, ejerza por el deudor, sustituyéndolo, ciertos derechos a los cuales haya éste renunciado, a efecto de que vuelvan al activo patrimonial del insolvente y puedan destinarse a satisfacer el pasivo; 2. La acción pauliana, que se endereza a obtener la revocación de actos reales o verdaderos de empobrecimiento ejecutados por el deudor en fraude y en perjuicio de los derechos del acreedor; y 3. La acción de simulación, mediante la cual se atacan ante la justicia los actos aparentes de empobrecimiento ejecutados por el deudor en perjuicio de los derechos del acreedor.

b). La acción pauliana supone: 1. Que exista un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado; 2. Que el acto cuya revocación se persigue haya determinado o aumentado la situación de insolvencia del deudor, o sea la consistente en que su pasivo patrimonial sea superior a su activo (eventus damni); 3. Que el deudor, al ejecutarlo, o celebrarlo, conociera el mal estado de sus negocios, esto es, la insolvencia en que se hallaba o en que se colocaba (simplex fraus), y si el acto es a título oneroso, o consiste en hipoteca, prenda o anticrecis, que el adquirente del respectivo derecho conociera también el mal estado de los negocios del deudor, es decir su insolvencia preexistente o consecutiva al acto (consilium fraudis).

c). En este proceso se demostró la existencia de un crédito a favor de la sociedad de hecho denominada Felipe Castro G. Sucesores, o sea de la comunidad formada por sus socios, y en contra de Isabel Aguiar vda. de Castro. La obligación a que corresponde ese crédito fue impuesta a dicha señora en la sentencia definitiva que puso fin al proceso sobre existencia y liquidación de tal sociedad de hecho, cuyo punto CUARTO de su parte resolutiva reza así: "La demandada Isabel Aguiar viuda de Castro queda obligada a restituir al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, a la Sociedad de Hecho 'Felipe Castro G. Sucesores' 'la totalidad de los ganados a que se refiere la declaración primera con sus correspondientes aumentos". La declaración primera indica 230 cabezas de ganado vacuno, 12 caballares y 2 mulares, además del valor en que fueron vendidas 10 novillas.

El impugnador confunde ostensiblemente esta obligación de restituir a la sociedad de facto los bienes a que se refiere la declaración primera de la sentencia dictada en el proceso anterior, con la que pueda surgir a cargo de la demandada Aguiar vda. de Castro una vez hecha y aprobada la liquidación de dicha sociedad. Por ello afirma que todavía no existe ninguna obligación a cargo de esa señora, que los semovientes pueden haber perecido o desaparecido y que mientras no se liquide el patrimonio social no se sabe quién es acreedor de quién, ni por cuánto. Y atribuye error de hecho al Tribunal por haber encontrado probada la obligación que sirve de base a las pretensiones de la demanda. Pero teniendo a la vista la sentencia dictada en el proceso sobre sociedad de hecho (folios 46 y siguientes del cuaderno Nº 1), se concluye que ni por asomo incurrió el juzgador en ese yerro de hecho.

d). Por lo que toca con el estado de insolvencia, que el impugnador confunde con el consilium fraudis, imputa él un error al

Tribunal por haber afirmado que, según la declaración de renta de Isabel Aguiar vda. de Castro por el año de 1973, dicha señora quedó sin el dominio de semovientes ni inmuebles, advirtiéndose en la censura que bien pudo tenerlos antes o adquirirlos después.

No hay tal error, dado que en dicha declaración de renta, traída regularmente al proceso y visible al folio 2 del cuaderno Nº 4, no consta que ella tuviera ni semovientes ni inmuebles (folios 2 vto. y 5 del citado cuaderno). Si la deudora tenía bienes antes, como realmente lo tenía según la citada declaración de renta, ello abona la conclusión del Tribunal acerca de que quedó insolvente. Y si los tuvo después, debió probarlo para enervar la pretensión pauliana por falta de su segundo requisito cosa que no hizo.

Enrostra además el recurrente al Tribunal un error de derecho que radicaría en haber presumido mala fe de los hijos de la demandada Aguiar vda. de Castro y del Gerente de la sociedad regular que ellos formaron entre sí, al suponer que los créditos a favor de dicha señora y a cargo de tales hijos no son bienes fácilmente embargables, "pues a la hora de la verdad basta la afirmación de que ya fueron solucionados para que no sean perseguibles". Mas esta afirmación del Tribunal no lo condujo a tener por probado el **consilium fraudis**, ni mala fe alguna de los socios y Gerente de de la compañía compradora, sino el **eventus damni**, o sea el estado de insolvencia en que con la operación se colocó Isabel Aguiar vda. de Castro, lo cual es enteramente distinto.

El Tribunal dedujo la insolvencia del hecho de haber enajenado la deudora todos sus semovientes y todos sus bienes inmuebles y de la circunstancia de haber quedado como dueña de un dinero "en caja" y de unos créditos personales contra sus hijos. El recurrente no ataca este último fundamento de la conclusión del Tribunal. Se limita a combatir una supuesta imputación de mala fe por parte de éste, que la sentencia acusada no contiene.

e). Finalmente, refiriéndose ahora sí acertadamente el **consilium fraudis**, que el sentenciador encontró probado, le imputa el recurrente otro error por haber presumido, sin haber prueba de ellos, que los socios y el Gerente de la sociedad Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada conocían la sentencia dictada en el proceso sobre liquidación de la sociedad de hecho y el estado de los negocios de Isabel Aguiar vda. de Castro; y advierte que, de haberse probado tal conocimiento, éste no constituiría fraude o mala fe por parte de tales personas.

Tampoco incurrió el Tribunal en este último yerro de que se lo acusa.

Fundó él su conclusión de que el administrador y los socios de Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada habían tenido conocimiento de la obligación impuesta en aquella sentencia y de la mala situación de los negocios de Isabel Aguiar vda. de Castro, en varios hechos: el **parentesco** de madre a hijos que une a dicha señora con tales socios; "los **vínculos** de afecto y espirituales" que los ligan entre sí; la circunstancia de "**disfrazar** la venta de los derechos inmobiliarios, para que no apareciera como de madre a hijos", creando una persona jurídica diferente; la de que Marco Fidel y Francisco Castro Aguiar son **apoderados generales de su madre** y, por serlo, era natural que informaran a la Junta de Socios de todos **los pormenores de la operación** de compraventa de los inmuebles (órgano este a quien, dicho sea de paso, competía estatutariamente aprobar la operación, dada su cuantía).

El recurrente no ataca la conclusión del Tribunal por contraevidente, sino se limita a expresar que no hay pruebas que la funden, no obstante haberlas en el proceso de todos los hechos en que el sentenciador la apoyó. Además, lo que el censor se propone con su imputación por este pretendido yerro de **facto** consiste en establecer que una cosa es el conocimiento por los adquirentes de la mala situación económica en que quedaría la otorgante y "otra muy diferente tener mala fe en la celebración de la compraventa". En lo cual se equivoca, porque esta mala fe precisamente está definida por el artículo 2491 del Código Civil como el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor.

Por las razones expuestas, los cargos segundo, tercero y cuarto no prosperan.

Quinto cargo

Por éste se acusa nuevamente la sentencia invocando quebranto indirecto, por aplicación indebida, del artículo 2491 del Código Civil, a consecuencia de varios errores de hecho, a saber:

a). Equivocada apreciación de la sentencia que puso fín al proceso anterior, pues el Tribunal dedujo de su contenido una obligación a cargo de la demandada Aguiar vda. de Castro y "es imperativo concluir que la comentada sentencia se limitó a ordenar que se procediera a liquidar la sociedad de hecho sobre la base del ganado que había existido el 25 de febrero de 1970 y que podría ya no existir.....". Agrega el recurrente que "la sentencia no reconoce ningún crédito a favor de las demandantes y a cargo de la demandada", que "no hay ninguna condena a pagar nada" y que "la sentencia aludida no es título de crédito alguno ni deuda alguna !".

b). Apreciación errónea de la declaración de renta de la misma demandada por el año de 1973, puesto que de este documento no se deduce la insolvencia de la declarante, sino la conclusión de que ella sí tenía bienes suficientes para el pago del único crédito existente a su cargo, o sea el relativo a las costas del proceso anterior, que no están liquidadas ni son aún exigibles. La parte demandante no demostró "haber intentado el cobro de esas costas y haber fracasado por falta de bienes qué embargar".

Consideraciones de la Corte

1. Insiste el impugnador en confundir la obligación impuesta por la sentencia del proceso anterior y la que eventualmente pudiera resultar a cargo de Isabel Aguiar vda. de Castro una vez efectuada la liquidación de la sociedad de hecho. Esta inadmisible confusión, contenida también en el segundo cargo, fue aclarada y destruida en el despacho de éste.

Sin embargo, cabe agregar: a). Que la obligación impuesta por la referida sentencia debía cumplirse "al día siguiente de la ejecutoria", no después de practicada la liquidación; b). Que esa obligación tiene por objeto la entrega de 230 cabezas de ganado vacuno, 12 caballares y 2 mulares, más el precio de 10 novillas vendidas, y no los semovientes que subsistan al practicarse la liquidación del patrimonio social; c). Que la parte acreedora de tal obligación es la sociedad "Felipe Castro G. Sucesores", o sea la comunidad formada por sus socios, y no cada uno de los que resulten acreedores por virtud del acto partitivo.

2. En parte alguna de su sentencia dijo el Tribunal que la demandada Aguiar vda. de Castro hubiera quedado insolvente para el pago de unas costas, sino para la ejecución de una obligación clara, expresa y actualmente exigible: la de entregar a la sociedad de hecho determinados semovientes de propiedad de ésta y en poder de dicha señora.

3. No afirmó el Tribunal que, de acuerdo con la declaración de renta de esa demandada por el año de 1973, hubiera quedado ella sin bienes, sino que los que le quedaron son de difícil si no imposible persecución, dada su nautraleza, lo cual es enteramente distinto.

Este cargo, en consecuencia, tampoco prospera.

Sexto cargo

Nuevo quebranto indirecto del artículo 2491 del Código Civil, por indebida aplicación, como secuela de otro error de hecho.

Se hace consistir éste en mala apreciación de la TERCERA súplica de la demanda, concebida así: "Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores (las concernientes a la pretensión pauliana) al quedar nuevamente de propiedad de la señora ISABEL AGUIAR VIUDA DE CASTRO los bienes que ésta le transfirió a la sociedad de comercio 'AGRICOLA Y GANADERA DE CUCUANA LIMITADA' por medio de la escritura 97 citada arriba, dichos bienes servirán para que la sociedad de hecho 'FELIPE CASTRO G. SUCESORES', cuya existencia se declaró por medio de la sentencia dictada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué el 8 de octubre de 1971, se pague los valores que resulten a su favor de la liquidación de la mencionada sociedad de hecho. todo de acuerdo con la sentencia citada enantes, y las costas causadas en dicho proceso" (las subrayas son del recurrente).

Para fundamentar su acusación, alega el impugnador que "No se pidió la rescisión para que LAS DEMANDANTES se pagaran los créditos que pudieran tener contra la demandada, ni las costas a favor de aquéllas; sino para que la SOCIEDAD DE HECHO se pagara el imposible crédito que pudiera quedarle en la liquidación de ella misma y unas costas que nunca han existido (pues las costas del primer proceso son a favor de las demandantes del mismo y no de la sociedad de hecho)".

Y añade: "Significa lo anterior, que las demandantes no pidieron la rescisión del contrato de compraventa para poderse pagar de sus créditos, sino para que una inexistente persona jurídica (la sociedad de hecho) se pagara de unos inexistentes créditos (pues en una liquidación de cualquier sociedad no puede resultar crédito alguno a favor de la misma, sino a favor de los socios). Además, al folio 120 consta que se demandó también 'en nombre y representación de la sociedad de hecho'".

Consideraciones de la Corte

1. No puede negarse que en la súplica TERCERA de la demanda, según las partes de ella que se subrayan en la censura, se pide una cosa imposible y carente de sentido: que con los bienes que en virtud de la revocación de la compraventa volverán al patrimonio de la demandada Isabel Aguiar vda. de Castro, la sociedad de hecho se pague los valores que resulten a su favor de su propia liquidación. Pues salta a la vista que una sociedad de hecho que se liquida no puede quedar en calidad de acreedora en razón del acto partitivo.

Mas ocurre que el impugnador se cuidó de subrayar el período final de la súplica, que en concepto de la Corte aclara el sentido de lo que se pide: TODO ELLO DE ACUERDO CON LA SENTENCIA CITADA ENANTES, LAS COSTAS CAUSADAS EN DICHO PROCESO.

La sentencia a que se alude en este párrafo impuso a Isabel Aguiar vda. de Castro, no sobra decirlo una vez más, la obligación de restituir determinados semovientes a la sociedad de hecho. Pero antes se expresó, en el punto SEGUNDO de su parte resolutiva, algo ininteligible desde el punto de vista jurídico y que sin duda fue el origen de la confusión en que se incurrió en la demanda originaria de este segundo proceso: "Que la Sociedad de Hecho así declarada tiene derecho a participar de las ganancias y pérdidas resultantes de su especulación hasta cuando se verifique su liquidación".

Esta condena tiene que ser interpretada, puesto que tomada en su tenor literal carece de sentido. Las sociedades, de derecho o de hecho, jamás participan en "las ganancias y pérdidas resultantes de su especulación". Quienes participan de las unas o de las otras son los socios. Y es así como forzosamente ha de entenderse el punto SEGUNDO de las condenaciones hechas en el primer proceso.

Como a éstas se refiere expresamente la TERCERA petición de la demanda con que se inició el segundo proceso, debe entenderse que lo pretendido por la parte actora, en este segundo proceso, es que se declare que los bienes recuperados con la revocación de la compraventa sirvan para que la sociedad de hecho se pague el crédito que por el punto CUARTO de las decisiones proferidas en el primer proceso se reconoció a favor de ella, o sea de la comunidad formada por sus socios, a efecto de que, practicada la liquidación de dicha sociedad, los derechos de cada uno queden debidamente respaldados, para los efectos previstos por el artículo 2488 del Código Civil.

No demostró pues el impugnador ningún yerro fáctico manifiesto del Tribunal en la inteligencia que dio a la referida súplica, ni hubo consecuencialmente violación alguna, por este nuevo aspecto, de la disposición del artículo 2491 del mismo Código.

No prospera por lo tanto el cargo.

Séptimo y octavo cargos

Se estudiarán y decidirán conjuntamente, dada su íntima conexión.

a). El primero de estos cargos está formulado así:

"Como la escritura de compraventa lleva fecha de 16 de febrero de 1973 y el ordinal 3º del Art. 2491 del C. C. dice que la prescripción de la acción pauliana opera en 'un año, contado desde la fecha del acto o contrato', dicha prescripción operó el día

16 de febrero a las 12 p.m., es decir, 10 días antes de producirse la notificación del auto admisorio de la demanda al representante de la sociedad demandada y compradora. Violó de esa manera el H. Tribunal, por falta de aplicación, el mencionado ord. 3º del Art. 2491 del C. Civil, al rechazar la excepción de prescripción y al decretar la rescisión de la compraventa !". Y el ordinal 1º del mismo Art. 2491 por indebida aplicación !".

A lo cual agrega el impugnador, para explicar la naturaleza de su acusación: "Como las anteriores violaciones de los Arts. 90 del C. de P. C. y 2491 del C. C. se produjeron sin que el H. Tribunal hubiera dicho que se habían cumplido los requisitos del primero para suspender la prescripción y sin haber mencionado siquiera el artículo, estimo que no se trata de error en la apreciación de la prueba de las fechas de las notificaciones y del suministro de lo necesario para hacerlas y de la no notificación a algún curador ad litem, sino de violación directa de dichos textos legales, por aplicación indebida del inciso 1º del Art. 90 y del Ord. 1º del Art. 2491, y por falta de aplicación del inciso 2º del Art. 90 y del ordinal 3º del Art. 2491....."

b). El otro cargo se plantea de esta manera:

".....procedo a acusar la sentencia del H. Tribunal Superior de Ibagué, por error manifiesto de hecho al no ver que en el expediente (folios 120 vto. a 128 inclusive) consta que la demanda no fue notificada a todos los demandados dentro de los 10 ó 15 días de que trata el primer inciso del Art. 90 del C. de P. C., sino a los 21 días de haberse admitido la demanda,y que tampoco se hizo notificación a un curador ad litem dentro de los 30 días siguientes de que trata el mismo Art. 90, en su primer inciso. Por lo tanto, hubo error manifiesto de hecho al creer el H. Tribunal que aparecían cumplidos los requisitos exigidos por el primer inciso del Art. 90 para que la prescripción se suspendiera con la presentación de la demanda. Incluye ese error el haber dado por cumplido el requisito de haber suministrado lo necesario para notificar a todos los demandados, dentro de los 5 días siguientes a la admisión, pues de los mismos folios aparece que no hay recibo ni constancia del secretario ni del notificador sobre tal suministro...."

"Y tal error condujo al Tribunal a violar indirectamente, por indebida aplicación, el primer inciso del Art. 90 citado del C. de P. C. y el primer ordinal del Art. 2491 del C. Civil; e igualmente a violar, por falta de aplicación, indirectamente, el ordinal 3º del Art. 2491 del C. Civil".

El recurrente advierte que formula el octavo cargo "para el supuesto de que la H. Corte Suprema no encuentre probado el anterior".

Consideraciones de la Corte

1. La prescripción extintiva en que se basan los dos últimos cargos que se estudian es la prevista por el ordinal 3º del artículo 2491 del Código Civil, que reza así: "Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".

Conforme al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, "Admitida la demanda se considerará interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada, siempre que el demandante, dentro de los cinco días siguientes a su admisión, provea lo necesario para notificar al demandado y que si la notificación no se hiciere en el término de diez días, efectúe las diligencias para que se cumpla con un curador ad litem en los dos meses siguientes. En caso contrario, sólo se considerará interrumpida con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su curador ad litem".

2. La compraventa cuya revocación se pide en ejercicio de la pretensión pauliana se celebró el 16 de febrero de 1973.

La demanda con que se inició este proceso ordinario fue admitida por auto del 11 de febrero de 1974, auto que se notificó personalmente a la parte demandante el mismo día.

Como ésta había afirmado en su libelo, bajo juramento, que el Gerente de la sociedad demandada se hallaba ausente y se desconocía su paradero, el 12 de febrero se fijó el edicto emplazatorio de que trata el inciso primero del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

El 13 de febrero se le notificó personalmente a la demandada Isabel Aguiar vda. de Castro el auto admisorio de la demanda.

Alcanzaron a hacerse dos de las tres publicaciones ordenadas por el inciso segundo del citado artículo 318, una el 13 de febrero y la otra el 19 de febrero.

Finalmente, dentro del término del emplazamiento se presentó el Gerente de la Sociedad demandada y se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el 27 de febrero.

3. De los hechos anteriormente reseñados se desprenden incuestionablemente las siguientes conclusiones:

a). Dentro de los cinco días siguientes a la fecha del auto admisorio de la demanda, la parte demandante proveyó lo necesario para notificar a Isabel Aguiar vda. de Castro, puesto que ésta se notificó personalmente de tal auto dos días después de dictado;

b) Como no hubo notificación personal al Gerente de la sociedad demandada dentro de los diez días siguientes a la admisión de la demanda, la parte demandante efectúo las diligencias legales pertinentes para que aquella formalidad se cumpliera con un curador ad litem, a saber: pedir y obtener la fijación de edicto emplazatorio (primera diligencia), hacer dos publicaciones en diarios de amplia circulación en la localidad (segunda diligencia). El nombramiento de curador ad litem (tercera diligencia) fue innecesario, puesto que el Gerente se presentó a notificarse personalmente dentro del término de dos meses siguientes a aquellos primeros diez días y antes de que hubiera lugar a una tercera publicación en diario.

4. La prescripción extintiva de un año, a que se refiere el ordinal 3º del citado artículo 2491, quedó pues legalmente interrumpida de conformidad con lo preceptuado por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no incurrió el Tribunal en quebranto, ni por vía directa ni por vía indirecta, de tales disposiciones, la primera de las cuales no aplicó por no ser el caso de aplicarla e hizo obrar la segunda con base en los datos que obran en el proceso.

Se rechazan, en consecuencia, ambos cargos.

B. La demanda de la sociedad Agrícola y Ganadera de Cucuana Ltda.

Dos cargos se formulan en ella, uno y otro por la causal primera. Serán examinados y decididos en su orden.

Primer cargo

Lo plantea así el recurrente: ".... hubo una errónea apreciación de derecho en la valoración de las pruebas, error que inclinó al Tribunal a violar directamente, por aplicación indebida, la norma sustantiva contenida en el artículo 2491 del C. C., en su ordinal 1º, al disponer la revocación del contrato....."

Expresa el impugnador, en apoyo de su acusación, que el Tribunal SUPUSO la prueba del **consilium fraudis**, contrariando, el precepto contenido en el artículo 769 del Código Civil, que manda presumir la buena fe.

Consideraciones de la Corte

1. Como repetidamente lo ha dicho esta Corporación, es técnicamente inadmisible acusar en el recurso extraordinario por **violación directa** de norma sustancial e invocar, a la vez, **error de derecho** (o de hecho) en la apreciación de pruebas.

2. Agrégase a lo anterior que el recurrente no indica **cuáles fueron las pruebas** que en su sentir fueron mal valoradas, circunstancia que hace imposible encontrar demostrado el yerro que imputa al sentenciador.

3. Finalmente, afirma que el Tribunal **supuso** pruebas de la mala fe de vendedora y compradores, lo que configuraría error de hecho, no de derecho.

Por los motivos expuestos, se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Se plantea de esta manera:

"El fallador de segunda instancia no se detuvo a pensar en las dos situaciones que contempla el Art. 90 del C. de P. C. y así incurrió en una violación directa de esta norma, violación esta que lo inclinó a violar la norma sustancial contenida en el Art. 2491 del C. C. por aplicación indebida tanto

del inciso 1º del Art. 90 del C. de P. C. como del ordinal 1º del artículo 2491 del C. C.; y también por falta de aplicación tanto del inciso 2º del mismo artículo 90 como del ordinal 3º del artículo 2491 del C. C.".

Los fundamentos de esta acusación son sustancialmente los mismos en que estriba el séptimo cargo de la otra demanda, los cuales, de consiguiente, no vale la pena de repetir.

Consideraciones de la Corte

Explicada como quedó cuál fue la conducta de la parte demandante para que se consumara la interrupción de la prescripción extintiva de la pretensión pauliana, conducta que se ajustó estrictamente a lo prevenido por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil para el efecto de que dicha interrupción se cuente desde la fecha de presentación de la demanda y no desde la notificación del auto que la admite, conclúyese que no hubo quebranto alguno, por parte del Tribunal, de las normas sustanciales citadas en la censura.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Las costas de dicho recurso son de cargo de los demandados que lo interpusieron.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza. Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA

Concurrencia de culpas

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de octubre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por GILMA PIMIENTO DE BADILLO y otra frente a HIZNARDO ARIZA HERNANDEZ y otro.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 28 de junio de 1974, que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, Gilma María Pimiento vda. de Badillo, en su nombre propio y como representante legal de su menor hija legítima Ivonne Astrid Badillo Pimiento, demandó a Hiznardo Ariza Hernández y a Plutarco León Mendoza, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) que los demandados, en su calidad de ingenieros contratistas de la Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga para la construcción del colector de la carrera 27, calles 54 y 55 de esa ciudad, son civil y solidariamente responsables de los perjuicios de diverso orden causados a las demandantes con la muerte trágica de Héctor Jairo Badillo Téllez, esposo y padre de éstas, ocurrida en ese sitio el 21 de enero de 1974 a consecuencia del accidente sufrido en razón de la actividad peligrosa que realizaban los demandados, y de la falta de señales reglamentarias que pudieran haber prevenido y advertido el peligro;

b) que, consecuencialmente, se condene a los citados demandados a pagar solidariamente a sus demandantes los daños sufridos por éstas, "en la cantidad que se demuestre en el caso del juicio, o del incidente de liquidación de perjuicios.... junto con los intereses legales correspondientes, desde la fecha de la muerte hasta el día en que tales perjuicios le sean pagados a las damnificadas"; y

c) que igualmente se los condene, también solidariamente, al pago de las costas procesales.

2. Los hechos que las demandantes invocaron como causa petendi de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizados en los siguientes:

a) mediante contrato LC-244, suscrito el 3 de mayo de 1973, los ingenieros Hiznardo Ariza Hernández y Plutarco León Mendoza contrataron con la Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga, la construcción del colector de "La Presentación", que atravieza la carrera 27 de dicha ciudad en la calle 55.

Según dicho pacto aquéllos se obligaron a tomar, en todo momento, "las precauciones necesarias para la seguridad tanto del personal empleado en la ejecución de la obra, como de terceros, y se acogerá a to-

das las normas que a este respecto tengan las entidades oficiales y su código de edificación y construcción"; se comprometieron los contratistas, en especial, a cumplir determinados requisitos, tales como suministrar iluminación eléctrica en todos los sitios de trabajo, "cuando los trabajos se realicen durante la noche", o iluminación por medio de llamas, que "se permitirá previa autorización de la autoridad" y, en fin, a fijar avisos o advertencias de peligro y señales de prevención;

b) Héctor Jairo Badillo Téllez, quien había contraído matrimonio católico con Gilma María Pimiento el 2 de junio de 1968, unión de la cual nació la menor Ivonne Astrid el 30 de marzo del año siguiente, desempeñaba al morir el cargo de Jefe de Pasajes Internacionales de Avianca de Bucaramanga, ciudad en donde había establecido su domicilio y su hogar doméstico;

c) la noche del 20 al 21 de enero de 1974 el citado Badillo Téllez, quien entonces contaba con 26 años de edad, en las horas de la madrugada se dirigía a su casa de habitación conduciendo su moto "Auteco-Lambretta" de placas Nº 057 de esa ciudad, y provisto de su pase oficial Nº 1344 expedido por las autoridades de allí;

d) cuando Badillo Téllez pasaba por el sector de la carrera 27 con la calle 55 del perímetro urbano de la mentada ciudad, se estrelló contra las obras del colector de "La Presentación" que allí adelantaba el consorcio de ingenieros Ariza Hernández y León Mendoza, accidente a consecuencia del cual murió inmediatamente;

e) a términos de la demanda, la única causa del fatal accidente fue la falta en el sitio de la obra de señales, luces y medidas de prevención que han debido adoptar los contratistas para advertir a los transeuntes el peligro que la construcción entrañaba, pues se habían abierto chambas en el espacio comprendido por la vía pública, se habían levantado promontorios de tierra y puesto vallas que en las horas de la noche no eran visibles. "Es un hecho evidente, —dicen las demandantes en la afirmación 7ª de su demanda—, que existiendo el día 21 de enero de 1974 tan grave peligro y potenciales amenazas contra la vida e integridad de las personas, los contratistas demandados, a través de sus empleados y obreros no tuvieron la precaución de colocar las señales visibles que anunciaran el peligro, y las luces que lo hicieran notorio y visible en las horas de la noche";

f) la familia del interfecto, integrada por su cónyuge Gilma María Pimiento y su hija Ivonne Astrid Badillo Pimiento, estaba establecida en la ciudad de Bucaramanga, en donde aquél, con el exclusivo producto de su salario, atendía a todas las necesidades del hogar, pues sus miembros dependían económicamente del padre; y

g) al óbito de Héctor Jairo Badillo, ocurrido trágicamente en las condiciones relatadas, ocasionó a las demandantes irreparables perjuicios de orden material y moral, estimados los primeros en suma no inferior a $200.000.00 "más los intereses legales causados y que se causen hasta el día del pago", y los segundos en la suma de $2.000.00.

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados expresamente se opusieron a las pretensiones de los demandantes; y en cuanto a los hechos básicos en ella alegados como constitutivos de la responsabilidad que se les enrostra, los negaron.

Afirmaron, como medios exceptivos, que ellos si habían cumplido plenamente con las obligaciones que asumieron contractualmente con la Corporación de la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, al colocar todas las señales y avisos de peligro en prevención de accidentes; y que si el siniestro ocurrió, éste no tuvo su causa determinante entonces en "la falta de señales, sino en la propia imprudencia del conductor de la moto al manejar en estado de embriaguez y amacisado con Lucila Gómez".

Añadieron los demandados, en desarrollo de su defensa, que las mismas pruebas aportadas por las demandantes demuestran "muy a las claras que el occiso Jairo Badillo Téllez, no era el padre responsable, generoso y cuidadoso con su hogar y familia, pues gustaba de las fiestas con las empleadas de Avianca, caso palmario, el de que la noche del accidente, permaneció toda tarde y noche en idilio permanente con Lucila Gómez (empleada de Avianca), fueron a vespertina, luego a comer a 'Maravilla', y para rematar se fueron a la disco-

teca 'El Socavón'; en donde es de suponer tomaron bebidas embriagantes, pues a esos sitios no se va a tomar gaseosas".

4. Replicada en tales términos la demanda, 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 27 de abril de 1976, mediante la cual declaró la responsabilidad civil solidaria de los demandados por la muerte de Héctor Jairo Badillo Téllez; los condenó, en consecuencia, a pagar a las demandantes los perjuicios materiales y morales que a ellas se causaron, por la "suma de $ 202.000.00 M/cte., más los intereses legales que se causen a partir de la exigibilidad de la obligación"; e impuso a los litigantes vencidos las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por los demandados contra esa providencia el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el que, en fallo de 15 de octubre de 1976, confirmó la condena impuesta a los demandados, pero reformándola en el sentido de hacerlo **in genere**, por los perjuicios materiales causados, y determinando el valor de los morales en la suma de $2.000.00.

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de resumir el desarrollo del proceso, en el inicio de las consideraciones de su fallo advierte el Tribunal que en la demanda las demandantes deducen la pretensión indemnizatoria de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, concretada a los daños que les ocasionó la muerte trágica de su esposo y padre, a consecuencia del accidente sufrido en razón de la construcción del colector de "La Presentación" y de la falta de señales reglamentarias que pudieran haber prevenido el siniestro.

2. Y luégo de concretar así los hechos configurativos de la **causa petendi**, refiriéndose a dicha construcción el **ad quem** la ubica dentro del plano del ejercicio de las actividades peligrosas, para regirla por la preceptiva legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, dado que, dice, "indudablemente que los ingenieros.... se dedicaban en el trayecto de la carrera 27 del perímetro urbano de Bucaramanga, comprendido entre las calles 54 y 55, a una actividad que engendraba peligro inmediato no sólo para las personas vinculadas a ella, sino también para terceros".

Tomando dicha deducción por punto de partida, con citas doctrinarias y jurisprudenciales asevera el sentenciador que en los supuestos de daños causados con motivo del ejercicio de una actividad peligrosa, para la reparación debida la víctima sólo tiene que probar la ocurrencia del hecho dañoso y los perjuicios que de éste emanaron, porque en tales casos, para el autor de aquél hay presunción legal de culpabilidad, de cuyos efectos sólo puede liberarse demostrando que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito.

3. Descendiendo al caso que es materia del presente litigio, estima el **ad quem** que el hecho dañoso alegado en la demanda está plenamente demostrado con las siguientes pruebas: certificado de defunción de Héctor Jairo Badillo Téllez, acta de la diligencia de levantamiento de su cadáver, la necropsia y los testimonios de Julio Enrique López, Alvaro Rodríguez Alvarado y José del Carmen Mantilla.

"Todas estas pruebas —expresa la sentencia impugnada reúnen a su alrededor, las cualidades necesarias para darles credibilidad: los documentos por su autenticidad y las declaraciones por cumplir con los presupuestos de forma y llenar, especialmente los requisitos sustanciales de capacidad de los deponentes, conducencia del medio y razón del dicho que en ellas se suministra, no solamente en lo que respecta a la obtención del conocimiento de los hechos, sino, en lo posible, en lo atañadero a la forma como se obtuvo aquél".

4. Al punto emprende el juzgador de segundo grado el estudio de las razones exculpativas esgrimidas por los demandados en su contestación a la demanda.

Y así, refiriéndose a la primera, la que éstos hicieron consistir en la embriaguez de la víctima como única causa determinante del accidente, el Tribunal la encuen-

tra con "débil apoyo probatorio". Dice, en efecto, después de transcribir los pasos trascendentes de las declaraciones de Esteban Janiot y Timoleón Rivera, en su orden administrador y mesero de la discoteca "El Socavón" de Bucaramanga, donde el interfecto pasó las últimas horas de su vida: "El relato de actividades de la víctima que hace la parte demandada.... presenta, en consecuencia, serios vacíos, pues carece de prueba siquiera indiciaria de las desarrolladas con anterioridad a su ingreso a la discoteque EL SOCAVON, y menos de la identidad de la mujer que lo acompañaba. Desde luego, que por tanto, no reúne factores de credibilidad a su alrededor. Ahora bien, no se puede tomar sino como una insinuación sin efectos preponderantes, el estado de embriaguez del señor BADILLO TELLEZ, que se le imputa como causal del accidente, porque ni siquiera quienes estuvieron en contacto con él, puede decirse que momentos antes del accidente, percibieron en él los causados por la ingerencia de bebidas alcohólicas, que desde luego, aparece probada, no fue excesiva".

En cuanto a la afirmación de los demandados atinente a que el accidente en que perdió la vida Badillo Téllez, se debió tambien al exceso de velocidad que éste le imprimió a la motocicleta en que se transportaba a su residencia, no la encuentra justificada el sentenciador, puesto que, expresa, los testimonios que a ella aluden no "lo hacen en forma objetiva, sino como juicio suyo propio, sin explicar las razones que les inducen a sentar tal conclusión..."

"Menos sustento, aún, agrega el Tribunal— tiene la impugnación de velocidad excesiva en el manejo y conducción de la motocicleta comoquiera que ni siquiera el celador que rondaba por el sector del accidente —la persona más inmediata en el momento de ocurrir— pudo darse cuenta de ello quedando tal aseveración en el plano conjetural, puramente subjetivo de la parte demandada, que por tanto no puede tenerse en cuenta".

5. Cree el Tribunal, y es esta la razón cardinal en que funda su fallo condenatorio, que el accidente fatal ocurrido al 21 de enero de 1974 en la carrera 27 con calle 55 de Bucaramanga, tuvo como única causa el hecho de que los demandados, como constructores de la obra que allí se ejecutaba, infringieron el deber de que tenían de "mantener en el sector tanto en horas del día como de la noche, todas las prevenciones necesarias para evitar posibles accidentes y especialmente por la noche, iluminación eléctrica o dado el caso de serles permitido por la autoridad competente, llama".

Apoya su aseveración en el contenido de las declaraciones rendidas por los testigos José del Carmen Mantilla Rueda, Julio Enrique López y Alvaro Rodríguez Alvarado, cuyos testimonios transcribe en lo pertinente. Y dice que las declaraciones de los testigos citados por los demandados, los que sostienen los puntos contrarios a los afirmados por los anteriores, es decir, que en el sitio del accidente sí existían señales de peligro e iluminación con mechones de A.C.P.M. para prevenir los accidentes, no pueden aceptarse porque tales declarantes deponen "pero no como hecho específico ocurrido esa noche de autos, sino como memorando algo que frecuentemente ocurría, que no podían aseverarlo respecto de la noche en que ocurrió el accidente, objetivamente, porque ninguno de ellos se hallaba presente en el sector, por lo menos desde la hora en que terminaron las labores del día".

6. Deducida, pues, por el ad quem la responsabilidad civil solidaria que en la demanda se depreca frente a los demandados, el juzgador, dando por sentado que sí se produjeron los perjuicios cuya indemnización persiguen las demandantes, entra a determinarlos.

Dice, al punto, que "tratándose de la muerte de una persona sus herederos tienen derecho a reclamarlos, probándolos"; que "la prueba ideal para el caso hubiera sido un dictamen pericial con intervención de auxiliares de la justicia con conocimientos actuariales"; pero que como tal dictamen no se produjo en el presente caso, la condena de los daños materiales debe hacerse in genere, para liquidarlos posteriormente; y que el monto de la condenación por los daños morales, que en cuantía de $2.000.00 trae la sentencia de primera instancia, tiene que confirmarse por no "ser susceptible de desestimación".

III

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados. En la demanda respectiva los recurrentes le formulan tres cargos: los dos primeros con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y el tercero dentro de la órbita de la cuarta.

Con la primera de tales censuras los recurrentes persiguen que la Corte invalide la sentencia del Tribunal para que, en su lugar, actuando como juzgador de instancia, absuelva a los demandados; con la segunda, pretenden que se case parcialmente la sentencia impugnada, reduciendo la condena a la mitad, en virtud de haberse expuesto imprudentemente la víctima a la realización del daño; y, finalmente, en el supuesto de la improsperidad de las anteriores dos pretensiones, pretenden los recurrentes con el tercer cargo que se reforme la sentencia del Tribunal limitando la condenación por perjuicios materiales a una suma no superior a $200.000.00, que es la que trae el fallo de primer grado, apelado únicamente por los demandados.

La corte, siguiendo el orden lógico que según su finalidad ellos imponen, estudia en primer lugar el cargo primero; luégo, en el supuesto de la improsperidad de éste analizará el segundo; y después, si este tampoco prospera, considerará el tercero.

Primer cargo

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2341, 2343, 2344, y 2356 del Código Civil, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el ad quem en la apreciación de la prueba testimonial.

Como testimonios que habrían sido apreciados indebidamente por el Tribunal, la censura señala, de una parte, los de Rogerio Silva Cadena, Maximiliano Campos, David Castillo, Marco Antonio Casanova, Helí Celis Márquez, Gonzalo Castillo, Adriano Pabón Orozco, Gilberto Celis Márquez y Luis Antonio Gómez Carvajal, producidos en el proceso a instancia de los demandados; y de otra, los de José del Carmen Mantilla, Julio Enrique López y Alvaro Rodríguez Alvarado, pedidos por las demandantes.

2. En desarrollo del cargo por su primera faz la parte recurrente, después de compendiar las razones esgrimidas por el sentenciador de segundo grado para desechar las declaraciones del primer grupo, asevera que éstas fueron aducidas "con la finalidad de acreditar que los ingenieros contratistas Ariza y León Mendoza cumplían con la totalidad de los requisitos que les exigía el contrato celebrado con la Corporación de Defensa de la meseta de Bucaramanga, respecto de la necesidad de colocar obstáculos, vallas, avisos de peligro y luces que previnieran la posibilidad de accidentes"; y que todos estos declarantes, según sus propias y personales circunstancias, admitieron, "por haberlo visto en distintas oportunidades, anteriores desde luego al momento mismo del accidente, que tales obstáculos, señales y luces se habían colocado en lugares adecuados y se mantenía un personal de vigilancia o celaduría constante para asegurar, dentro de lo humano y lo posible, la persistencia de ellas".

Concretando el yerro de hecho que denuncia, dice la censura que al exigir el Tribunal que tales testigos, "para declarar 'objetivamente' y para declarar sobre lo ocurrido como 'un hecho específico ocurrido en la noche de autos', debieron haberse colocado en la posición de testigos-gendarmes, presentes todos ellos en el sitio de los acontecimientos a las tres de la mañana del día en que ocurriera, desvirtuó en materia grave el sentido y alcance del conjunto probatorio, exigiendo de los declarantes el relato de circunstancias objetivas que no podían estar en sus posibilidades, y adulterando la finalidad de la probanza que era establecer, como en realidad se estableció por dicho medio, que los contratistas cumplieron a plenitud con las exigencias de la Corporación a la cual vincularon sus actividades".

3. Continuando en el desarrollo del cargo por su segunda faz, dice el casacionista que el Tribunal desechó aquellos testimonios amparado en las declaraciones de José del Carmen Mantilla, Julio Enrique Ló-

pez y Alvaro Rodríguez Alvarado, quienes afirman que los mechones de A.C.P.M. se encontraban apagados en el momento mismo del accidente, sin caer en la cuenta el juzgador de que ninguno de esos tres deponentes "se hallaba presente al sucederse la tragedia en que pereció el motociclista".

Expresa la censura, en efecto, que si se examina atentamente la declaración del primero de dichos tres testigos, se "sabe únicamente que éste atestigua por conjeturas y que todo lo que afirma respecto a que los mechones estuvieran encendidos o apagados se basa en meras suposiciones, porque lo único cierto es que para el momento mismo del accidente, Mantilla no pudo darse cuenta sino del 'ruido' que produjo el choque de la motocicleta con la valla de madera, porque él se encontraba, según sus propias y literales palabras, 'como a 200 metros más o menos' del sitio sitio donde ocurrió el siniestro, siendo imposible entonces que pudiera apreciar, a tan considerable distancia, si las luces se encontraban prendidas o si fueron apagadas por el choque mismo".

Añade la impugnación que los otros dos declarantes en que se apoya el Tribunal para concluir que en el sitio de la tragedia no había, en el momento del accidente, señales luminosas que previnieren el peligro, es decir el alférez de la circulación y el empleado de la Funeraria de San Pedro, "son testigos que ni siquiera valen la pena de comentario alguno respecto a que hubieran podido presenciar el accidente y darse cuenta de si las luces de prevención se hallaban encendidas, pues ellos llegaron mucho después de ocurrido el lamentable suceso. Nada presenciaron sobre sus circunstancias, nada valen como testigos oculares".

4. Rematando la formulación del cargo, afirma el casacionista que el "ad quem cometió el grave error de no dar el mismo tratamiento a los testigos de la parte demandada frente a los testigos de la demandante. Si en realidad, como es evidente, nadie presenció el accidente mismo, ha debido tener por cierto y asentado en el proceso, con un conjunto de declaraciones serias y respetables, que los contratistas demandados se libraran de la presunción de responsabilidad que pesaba en su contra mediante la prueba que dieron de haber tomado las precauciones que estaban a su alcance, de acuerdo con las exigencias hechas en el contrato de obra".

Se considera

1. Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya cause perjuicio a otro está en el deber de reparárselo, la legislación colombiana consagra, en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.

De acuerdo con dicha normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, queda jurídicamente obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél.

2. A fin de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia patria, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de la denominadas actividades peligrosas, después de haber advertido que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca a los asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecute observándose por su autor toda la diligencia que ella exige.

El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de presentar la prueba, con frecuencia difícil, de la imprudencia o descuido de la persona a la que demanda la reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de un caso fortuito, de fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño, dentro

del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima.

Desde vieja data la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que, en materia de responsabilidad civil aquiliana, el artículo 2356 del C. C. se aparta del sistema general que establece, según el artículo 2341 ibídem, la reparación del perjuicio con base en la culpa probada, para consagrar la culpa presunta que solo puede desvirtuarse o infirmarse, y por ende eximir de responsabilidad al demandado, cuando éste demuestra el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño. Lo cual da tanto como decir que la prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil.

Reiterando su doctrina en el punto dijo la Corte en sentencia de 9 de feb. de 1976, no publicada aún en la Gaceta Judicial: ".... Es decir, que el demandado no puede exonerarse de la obligación de resarcir el daño con la sola demostración de lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado 'prueba de la diligencia y cuidado', pues como ya se expresó, por cuanto con el funcionamiento de ciertas máquinas se crea la inseguridad de los conciudadanos por el riesgo palmar que ofrecen, y por cuanto sería difícil, por no decir imposible, que las víctimas de una actividad peligrosa pudieran demostrar la negligencia o el descuido, la jurisprudencia ha levantado a cargo del guardián de esas máquinas, cual lo es el propietario que por sí o por medio de otras personas las explota, una presunción de culpa que sólo puede desvanecerse con la plena prueba del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño o de culpa exclusiva de la víctima. Tal especie de presunción, pues, no se aniquila con solo acreditar el empleo de diligencia y cuidado" (sentencia proferida en el proceso ordinario de Consuelo Londoño viuda de Londoño contra Avelino Hincapié).

3. En el caso de este proceso obran en él, legal y oportunamente producidos, los testimonios de Rogerio Silva Cadena, Maximiliano Campos Cárdenas, Marco Antonio Casanova, David Castillo, Helí Celis Márquez, Adriano Pabón Orozco, Gonzalo Castillo, Gilberto Celis Márquez y Luis Antonio Gómez Carvajal, quienes dando las razones de sus dichos concordemente declaran que los ingenieros Ariza Hernández y Plutarco León Mendoza, como contratistas de la Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga, en las obras de construcción del colector "La Presentación" de la carrera 27 con calle 55 de esa ciudad, cumplieron los requisitos de prevención exigidos contractual y reglamentariamente para evitar los peligros que dicha construcción implicaba para los transeuntes de la vía pública. Es decir, que desde el inicio de la obra pusieron obstáculos a la circulación de vehículos, barreras y señales de peligro; y además, que en el tiempo de realización de ella, durante las noches, colocaban en sitios estratégicos de la vía mechones o llamaradas de A.C.P.M., manteniendo allí el personal de celaduría necesario para garantizar el permanente funcionamiento de esta forma de iluminación local.

Pero si todas estas declaraciones testimoniales, aún haciendo abstracción de que sus autores no deponen sobre los hechos que narran refiriéndolos precisamente a la noche y a la hora en que ocurrió el accidente que costó la vida de Héctor Jairo Badillo, son prueba de la diligencia y cuidado que los demandados observaron en la ejecución de la obra que ellos realizaban, es lo cierto que, como atrás se dijo, tal prueba no desvirtúa la presunción de culpa establecida en su contra, por estar ejerciendo actividad peligrosa, no por ende puede tenerse como causa eximente de su responsabilidad civil, faltando, como realmente falta en el proceso, la demostración de que la muerte trágica del mentado Badillo hubiese tenido como única causa determinante la imprudencia de éste, un caso fortuito o una fuerza mayor.

4. Consecuencia de lo expuesto es, entonces, la de que el Tribunal no incurrió en el error de hecho ostensible y trascendente que la demanda de casación le endilga; y que, por lo tanto, no hay en su sentencia aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Segundo cargo

1. Con este se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar indirectamente, por inaplicación, el artículo 2357 del Código Civil, a causa del error de hecho en que ha-

bría incurrido el ad quem por haber apreciado indebidamente algunas pruebas y dejado de considerar otras.

Como pruebas que habrían sido estimadas erróneamente por el Tribunal, el censor señala los testimonios de Esteban Janiot y Timoleón Rivera, administrador de la discoteca "El Socavón" el primero, y mesero de dicho establecimiento el segundo; y además los de José del Carmen Mantilla y Julio Enrique López, celador de una casa vecina aquél y alférez de la circulación de Bucaramanga éste. Y como medios no estimados en la sentencia indica el croquis del accidente levantado por la Dirección de Circulación, la diligencia de levantamiento del cadáver de Héctor Jairo Badillo y el ejemplar del periódico "Vanguardia Liberal" del 22 de enero de 1974.

2. Iniciando el desarrollo de este cargo afirma el casacionista que, en el supuesto de dar por establecida alguna culpa imputable a los demandados, esa culpa fue necesariamente compartida por la imprudencia con que actúo la propia víctima en la producción del hecho dañoso y que se traduce en dos factores personales determinantes, sin los cuales el hecho no se hubiera producido, que fueron la embriaguez con que Badillo salió de la discoteca en el amanecer del día en que se produjo el accidente; y la velocidad excesiva con que operaba la motocicleta en el momento de chocar con la barrera de obstáculos, colocada en el sitio de la construcción del colector "La Presentación" de la carrera 27 de Bucaramanga.

Refiriéndose al primero de dichos dos factores, dice el censor que la embriaguez, "al menos en el grado de semiplena o incompleta", está probada con las declaraciones de Esteban Janiot y de Timoleón Rivera, quienes afirman que Badillo Téllez, en la noche del 20 al 21 de enero de 1974, estuvo tomando licor por varias horas en la discoteca "El Socavón", "testimonios estos a los cuales el Tribunal no les asigna la importancia que merecen, es decir, los aprecia peyorativamente para la causa de la parte demandada, cuando la evidencia resultante de ellos es que Badillo sí tomó licor suficiente para embriagarse en primer grado, en el caso más favorable para la víctima, pues ingirió media botella de ginebra, que es un licor de elevada densidad alcoholica".

Añade la impugnación que en el punto de la embriaguez del interfecto el Tribunal dejó de apreciar la diligencia de levantamiento del cadáver, donde consta que entre las prendas y documentos hallados se encontró "un recibo de compra de la discoteca Socavón por la suma de $200.00 Bic, fecha enero 20 de 1974".

3. En relación con el segundo factor de culpabilidad de la víctima que él señala en su demanda, esto es, la excesiva velocidad, asevera el censor que también está probada en los autos pues sobre ella declaran los testigos José del Carmen Mantilla y Julio Enrique López, testimonios que el Tribunal desechó en el punto al estimarlos como el producto de "especulación subjetiva", olvidando que el primero, que fue testigo presencial del accidente por estar vigilando propiedades vecinas al lugar donde éste ocurrió, afirma que Badillo "venía con velocidad"; y que el segundo, es decir el alférez López, por ser técnico en materia de circulación, en su informe respectivo consideró que una de las causas eventuales del accidente pudo ser la excesiva velocidad.

Añade la censura que "una de las probanzas recónditas del proceso, por no decir olvidadas por el ad quem, es nada menos que el croquis del accidente, levantado por la Dirección de Circulación y Tránsito, en donde consta que la motocicleta quedó a una distancia de 30 metros más adelante del punto donde chocó con las vallas de madera, y el cadáver de la víctima a 3,20 metros del sitio donde quedó la moto, lo que demuestra, a ojo de buen cubero y sin necesidad de pericia, que el aparato venía impulsado a gran velocidad. Porque ocurrido el choque no hay otra explicación posible para que el aparato viniera a quedar colocado a tan considerable distancia, que la tremenda aceleración, con que lo impulsaba su conductor".

Agrega el casacionista que el Tribunal no vio, y por ende dejó de apreciar en su sentencia, el ejemplar del periódico "Vanguardia Liberal" del 22 de enero de 1974, en el cual aparece que la prensa de Bucaramanga registró que la víctima del insuceso "parece que por exceso de velocidad no alcanzó a darse cuenta del aviso de pe-

ligro y fue a estrellarse contra las maderas que sostenían el preventivo..."

Se considera

1. Ciertamente, como lo han reconocido la doctrina y la jurisprudencia, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dícese entonces que todos esos acontecieres son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido.

En dichos supuestos, que doctrinariamente se han conocido con la denominación de concurrencia de culpas, para deducir la responsabilidad civil la jurisprudencia ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, toda actividad que, entre los concurrentes, ha contribuido a la realización del perjuicio. No se trata, ciertamente, de una culpa común, es decir de la que han sido cometida simultáneamente por el demandado y la víctima, si no de dos culpas distintas que concurran a la realización del hecho dañoso, donde la de la víctima, precisamente por no ser la única preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exonera de responsabilidad al demandado pero sí compensa, en la medida o grado que estime prudentemente el juez, la del reo de la acción.

De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue innocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas, que para los efectos de la gradación cuantitativa de la indemnización consagra el artículo 2357 del C. C. En la hipótesis indicada sólo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo.

2. En la sentencia atrás indicada expresó la Corte que "....como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir integramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, supropio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es su autor único, sino solamente su copartícipe".

Este es, en suma el fundamento nacional y jurídico de la regla contenida en el artículo 2357 antecitado, conforme al cual "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

3. Basado en los testimonios de Esteban Janiot y Timoleón Rivera, administrador de la discoteca "El Socavón" de Bucaramanga el primero y mesero de dicho establecimiento el segundo, el Tribunal reconoce en su sentencia la embriaguez de Badillo en la noche de su muerte, pero le desconoce efectos determinantes en la ocurrencia del accidente fatal, puesto que, dice, "la ingerencia de bebidas alcohólicas, que desde luego aparece probada, no fue excesiva".

En su declaración, rendida ante los funcionarios penales que investigaron el hecho y luego trasladada al presente proceso, dijo el primero de dichos testigos el 22 de enero de 1974, es decir el mismo día de ocurrido el accidente, que aunque no conoció a Badillo Téllez sí recuerda que esa noche estuvo en su discoteca "un motociclista, inclusive me dio a guardar el casco, él llegó temprano con pareja, y por ahí de dos a tres de la mañana me pidió el casco y yo se lo entregué y salió"; que en el momento en que salió el cliente, el deponente no advirtió que estuviera "borracho, yo lo vi bien, el trago que se tomó puede saberlo por las tarjetas, yo sé que él estaba en la mesa Nº 5..."

El segundo de los testigos citados, en su calidad de mesero de la discoteca mentada,

en la misma oportunidad del anterior, expresó en su declaración que Héctor Jairo Badillo "llegó esa noche del veinte de enero como a las nueve de la noche más o menos, iba en compañía de una mujer de aspecto joven, lo único que pude ver pues por la oscuridad no pude darme cuenta de más caracteres"; que Badillo y la mujer que lo acompañaba "salieron del negocio más o menos a las tres de la mañana, habían tomado poco trago, me parece que pidieron media botella de ginebra con ginger, él me pagó con un Bic-tarjeta de crédito, después se acercó allá al bar y pidió el casco que había dado a guardar y salió con la dama".

De estos testimonios se infiere que el citado Badillo, en la noche del accidente que le costó su vida y en los momentos que precedieron a su ocurrencia, estuvo tomando licor por seis horas, de nueve de la noche a tres de la mañana, hecho este que lo reitera el "recibo de compra de la discoteca Socavón por la suma de $200.00 Bic, fecha enero 20 de 1974", que según el acta de levantamiento del cadáver se halló en uno de los bolsillos de su vestido, documento este que el Tribunal dejó de ver y por ende de apreciar en su sentencia.

4. También omitió considerar el Tribunal en su fallo el croquis del accidente sufrido por Badillo Téllez, levantado por el alférez de la circulación Julio Enrique López, lo mismo que el acta de levantamiento del cadáver de aquél, documentos estos que acreditan que la motocicleta que conducía el interfecto quedó a una distancia de 30 metros más adelante del punto donde chocó con las vallas de madera, y el cadáver de la víctima a 3,20 metros del sitio donde quedó el vehículo.

Tal circunstancia indica, evidentemente, que el aparato venía impulsado a gran velocidad, tanto más si se tiene en cuenta que el testigo Mantilla, celador de la casa vecina al sitio del accidente y quien por eso pudo advertir el paso del motociclista, lo mismo que el alférez de la circulación atrás citado, en sus declaraciones juradas afirmaron que una de las causas del choque pudo ser la excesiva velocidad del conductor, que le impidió ver las señales de peligro.

5. En consecuencia, si a los ingenieros demandados se les imputa, con apoyo en los testimonios de José del Carmen Mantilla, Julio Enrique López y Alvaro Rodríguez, el descuido en el mantenimiento de señales luminosas suficientes en el sitio en que adelantaban la construcción del colector, que fue el lugar del accidente fatal de Badillo Téllez, quien chocó bruscamente contra uno de los obstáculos que a la circulación se habían colocado allí, también hay que reconocer que la víctima obró con bastante imprudencia, porque durante las seis horas inmediatamente precedentes estuvo ingiriendo alcohol; y porque, además, a altas horas de la noche tomó su motocicleta para transportarse a su residencia, conduciendo el vehículo a velocidad excesiva.

Cabe concluir afirmando, entonces, que la culpa de los demandados en el ejercicio de la actividad peligrosa por ellos desarrollada, fue necesariamente compartida por la imprudencia con que actúo la propia víctima en la producción del hecho perjudicial, a cuya ejecución colaboró ésta mediante la intervención de los dos factores personales preindicados, —embriaguez incompleta o no excesiva, pero embriaguez en todo caso, y la gran velocidad en la conducción de la moto—, sin los cuales el daño hubiera tenido consecuencias distintas.

6. Encontrándose debidamente probado en el proceso, entonces, que la muerte de Héctor Jairo Badillo, ocurrida en el accidente sufrido por él en las horas del amanecer del 22 de enero de 1974, se debió o fue determinado no sólo por la culpa de los demandados, sino también a la imprudencia notoria de aquél, debe concluirse que el Tribunal de Bucaramanga sí incurrió en error de hecho al no ver, ni apreciar en todo su contenido, las pruebas que acreditan que la víctima del daño "se expuso a él imprudentemente". Y que como consecuencia de dicho yerro, quebrantó por inaplicación el artículo 2357 del C. C.

A términos de este precepto legal, en efecto, la total reparación del daño producido tanto por la negligencia de la víctima como del demandado, no puede imponerse judicialmente a éste, pues habiendo contribuido también a su producción la propia persona que lo padece, entonces la solución equitativa es la de reducir su monto.

Por lo tanto, para corregir el error in judicando hallado, el fallo recurrido tiene

que casarse, pero únicamente en lo que constituye el objeto de esta especial censura.

IV

Sentencia sustitutiva

1. Resulta de todo lo expuesto que por la prosperidad del cargo segundo 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 se le hace al fallo, esto es en cuanto en éste se desconoció la concurrencia de las culpas de los demandados y de la víctima en la producción del hecho dañoso, ni por ende se redujo el monto de la indemnización debida, la sentencia que la Corte, como Tribunal de instancia, debe dictar, tiene que limitarse a suplir dicha omisión y reproducir las demás decisiones que trae el fallo impugnado.

2. **Por cuanto siempre ha resultado difícil fijar la proporción y regular la partición de la responsabilidad en los casos del daño causado por concurrencia de culpas, la doctrina y la jurisprudencia han dejado la gradación cuantitativa de la indemnización a la prudencia del juzgador.**

Amparada pues la Corte en la facultad discrecional que al efecto le defiere implícitamente el legislador, y considerando que la culpa de los demandados y la que se le imputa a la víctima del accidente pueden, en estrictez jurídica, estimarse como igualmente trascendentes o determinantes en la producción del perjuicio cuya indemnización se suplica aquí, cree que lo indicado por la equidad es la de que el perjuicio deba ser reparado por mitad. O sea que los aquí demandados sólo deben pagar el 50% del monto de la indemnización.

3. Tal cual lo dijo el Tribunal, reformando en ese punto la sentencia del a quo, por no aparecer probado el monto de los perjuicios de orden material causados a los demandantes, la condena por dicho aspecto debe hacerse in genere, para liquidar su cuantía en incidente posterior, en el cual tiene que tenerse en cuenta, entre otras de las bases que del proceso surgen, la de que la condena por este factor tiene que tener como límite máximo, para no incurrir en incongruencia por ultra petita, la cantidad indicada por los demandantes en su demanda. Con esta limitación se acoge, de paso, la impugnación que por error in procedendo se le formula a la sentencia en el cargo tercero.

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 fecha quince (15) de octubre de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y actuando en sede de instancia.

Resuelve:

Primero. Confírmase la sentencia condenatoria de primer grado, proferida en este mismo proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa ciudad, calendada el veintisiete (27) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976), pero con las siguientes reformas:

a) a los demandados se los condena solidariamente a pagar, in genere, el cincuenta por ciento (50%) del valor de los perjuicios materiales que las demandantes demuestren haber sufrido con motivo de la muerte de su esposo y padre, Héctor Jairo Badillo Téllez.

Para la liquidación del monto de esta condena deberá seguirse el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, sin que la determinación cuantitativa pueda exceder de $100.000.00, 50% del límite que por dicho aspecto indica la demanda; y

b) se condena a los demandados a pagar a las demandantes, por concepto de perjuicios morales sufridos por ellas con motivo del hecho dañoso indicado, la suma de mil pesos ($1.000.00).

Segundo. Las costas de la primera y la segunda instancias del proceso son de cargo de los demandados, más sólo en un cincuenta por ciento (50%); y

Tercero. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Expreso a continuación, con la mayor brevedad que el asunto permite, las razones que tengo para no compartir algunos de los conceptos expuestos en la sentencia anterior acerca de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.

1. Afirma la mayoría de la Sala, en el despacho del primer cargo, que en punto de responsabilidad común por los delitos y las culpas, de que trata el Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil, el demandante "corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél".

El uso de los vocablos "hecho intencional o culposo", indica, en mi parecer, una confusión entre LA ILICITUD, predicable de los **hechos u omisiones**, y LA CULPA, predicable del **sujeto** que incurre en hecho u omisión ilícita. Tal hecho u omisión, en materia de responsabilidad aquiliana, consiste por regla general, salvo contados casos de abuso del derecho, en causar daño a tercero sin que medie previo vínculo de obligación entre el agente y la víctima.

El hecho ilícito o la omisión ilícita es siempre **susceptible de prueba directa**, mientras no consista en afirmación o negación indefinida, lo que es de rara ocurrencia. Y puede provenir o no provenir de culpa del agente. Demostrado el hecho u omisión causante del daño, del uno o la otra se presume la culpa, por la sencilla y concluyente razón de que todas las actividades lícitas, con muy escasas excepciones, pueden ejercerse sin lesionar a los demás; luego si en el ejercicio de alguna se infiere daño a otro, es preciso deducir que el agente lo causó por su culpa, esto es, con voluntad preterintencional. La negligencia, el descuido, la imprudencia y la impericia son vicios desafortunadamente comunes al hombre, no la malicia o la intención torticera. De aquí que lo que se presume sea la culpa y no el dolo, el cual debe probarse.

2. Se dice en la sentencia que el ejercicio de cualquiera actividad peligrosa "coloca a los asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se ejercite observándose por su autor toda la diligencia que ella exige".

No comparto esta apreciación. Ninguna actividad peligrosa bien ejercitada causa daño. De las máquinas y fuerzas motrices puede hacerse uso sin lesionar a nadie. Unas y otras han sido puestas al servicio del hombre para su propio beneficio, no para causarle perjuicios. De aquí que la aviación, el automovilismo, la fabricación de productos industriales y otras muchas operaciones que implican riesgos sean, en la vida social-contemporánea, actividades LICITAS. Lo son porque son útiles y aún necesarias para la humanidad y, sobretodo, porque regularmente dirigidas y ejecutadas a nadie dañan. Si en su ejercicio se lesiona a terceros, es preciso inferir que se las dirigió o ejecutó mal, salvo prueba en contrario.

Valgan algunos ejemplos. Superada la primitiva etapa de los "riesgos del aire", la aviación es hoy actividad peligrosa que puede ejercerse sin dañar a nadie. Si algún desmedro llega a producir, es forzoso presumir que proviene de culpa de la empresa. **Pero la culpa no se presumirá del mero ejercicio de la actividad aeronáutica**, la que, repito, es lícita. De lo lícito jamás puede presumirse la culpabilidad. La presunción ha-

brá de derivarse de algún HECHO CONCRETO U OMISION CONCRETA que haya determinado el daño, vgr. el incendio de la nave, su colisión con otra, su precipitación a tierra, etc.

Si el visitante de una fábrica fallece en el curso de su visita, tampoco podrá afirmarse que, como se trata de actividad peligrosa en que se emplean máquinas y fuerzas motrices, de ese sólo hecho genérico se presume la culpa del empresario; es indispensable demostrar un hecho preciso causante del perjuicio, por ejemplo el estallido de una caldera.

Del mismo modo, la construcción de un colector o alcantarillado que atraviesa alguna vía pública —caso de este proceso—, puede ser calificada de actividad peligrosa, porque implica riesgos para los que transitan por ella a pie o en vehículo. Pero es una actividad LICITA, que responde a necesidades públicas. Y si el ejercicio de tal actividad se causa daño a tercero, no podrá presumirse culpa de su mero ejercicio, sino de algún hecho concreto u omisión concreta que demuestre por parte del agente falta de las precauciones que debió tomar para no producirlo. Esta falta de precauciones NO CONSTITUYE CULPA: simplemente HACE PRESUMIRLA, y admite prueba en contrario: la fuerza mayor o caso fortuito. La falta de precauciones es la omisión ILICITA cometida dentro del ejercicio de una actividad lícita. Es la conducta contraria a la prohibición neminem laedere. Tal omisión, que no constituye negación indefinida, debe ser probada por el demandante, por constituir prespuesto indispensable de su pretensión.

3. Estoy de acuerdo con la mayoría de la Sala en que "la prueba de la conducta diligente del demandado, por sí sola, no es causal eximente de su responsabilidad civil". Este postulado constituye un magnífico avance de nuestra jurisprudencia, que en el punto se independizó de la tristemente célebre creación francesa conocida con el nombre de "ausencia de culpa", por contraposición con la fuerza mayor o caso fortuito.

Pero discrepo en dos corolarios que la Sala deduce de esta acertada premisa:

a). No comparto la idea de que, para exonerarse de responsabilidad, el agente del daño deba probar "que el perjuicio fue la resultante de un caso fortuito, de fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño (o como más adelante se dice en la sentencia, de la intervención de un elemento extraño), dentro del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima". Fuerza mayor o caso fortuito son una misma e idéntica causa liberatoria de responsabilidad, como con absoluta claridad está expresado en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890. Intervención de hecho o elemento extraño no puede ser nada distinto de fuerza mayor o caso fortuito, esto es, suceso "imprevisto a que no es posible resistir". Y la culpa exclusiva de la víctima es igualmente fuerza mayor o caso fortuito, en cuanto para el agente haya sido hecho imprevisto e irresistible. El Código Civil colombiano no conoce otra causa de exoneración distinta de la fuerza mayor o caso fortuito.

b). La prueba de que la parte demandada en este proceso tomara las precauciones necesarias para que su actividad peligrosa no causara daño a terceros no es, como lo cree la mayoría de la Sala, prueba de la "ausencia de culpa", sino de que esa parte no incurrió en omisión ilícita generadora de responsabilidad aquiliana. A la parte demandante competía la prueba del hecho contrario: las precauciones no fueron tomadas. Tal era el presupuesto esencial de la pretensión deducida en la demanda, como con toda claridad se comprueba en la lectura del ordinal 2º del artículo 2356 del Código Civil.

Demostrado que las precauciones no fueron tomadas, la parte demandada sólo hubiera podido exonerarse de responsabilidad demostrando que le fue imposible, por hecho imprevisto e irresistible, haberlas tomado; o que el daño fue causado por suceso de tales características (hecho de la naturaleza, o de tercero —v.gr. la víctima—, animal o cosa material no dependientes del agente.)

Bogotá, D. E. veintisiete de julio de mil novecientos setenta y siete.

Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL

Derecho hereditario del hijo natural en concurrencia con legítimo

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Eduardo Enrique Rodríguez Suárez contra Silveria Cruz vda. de Rodríguez, María Olga Rodríguez de Lozano y Judith Rodríguez Cruz.

Antecedentes

I. Eduardo Rodríguez Suárez, mediante libelo repartido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot el 5 de marzo de 1971, citó en proceso ordinario a los mencionados demandados, con miras a que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que el actor tiene derecho a participar "en la herencia dejada por su padre el causante Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval";

b) Que se declare sin valor la partición de bienes efectuada en el proceso sucesorio de Rodríguez Sandoval, lo mismo que su sentencia aprobatoria y, por tanto, se disponga la realización de inventario adicional y de nueva partición, en la cual se le adjudique "al heredero Eduardo Enrique Rodríguez su legítima efectiva en la hijuela correspondiente".

c) Que se ordene "al Notario del Círculo de Girardot la cancelación de los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras Nos. 1553 de 10 de septiembre de 1954 y 258 de 26 de febrero de 1963" y al Registrador de Instrumentos Públicos la cancelación de los registros respectivos.

d) Que se condene a las demandadas Judith y Olga Rodríguez a restituir a la sucesión de Rodríguez Sandoval, junto con los frutos civiles y naturales, los bienes raíces de que tratan las peticiones sexta y séptima;

e) Que se condene a las demandadas a restituir a la sucesión dicha, además de los frutos percibidos, los bienes inmuebles que les fueron adjudicados y descritos en la petición octava;

f) Que se sancione a los demandados con las costas del proceso;

II. La pretensión anterior descansa en los supuestos de hecho que a continuación se compendian:

a) Que Eduardo Rodríguez Sandoval, por Escritura Pública Nº 434 de 4 de septiembre de 1934 de la Notaría Pública del Círculo de Girardot, reconoció al demandante como su hijo natural.

b) Que posteriormente Rodríguez Sandoval contrajo matrimonio con Silveria Cruz y de ese vínculo nacieron María Olga y Judith, el 29 de noviembre de 1936 y el 29 de octubre de 1951 respectivamente.

c) Que Eduardo Rodríguez Sandoval falleció en la ciudad de Girardot el 19 de agosto de 1966, y el proceso sucesorio se adelantó allí, en donde fueron considerados como interesados y herederos su cónyuge sobreviviente, sus dos hijas legítimas y su hijo natural reconocido; empero, respecto del último le fue revocado luego su reconocimiento de heredero en el litigio, "afirmándose que no podía concurrir a la herencia con las hijas legítimas, por haber nacido antes del año de 1936".

d) Que a los demandados les fueron adjudicados varios bienes en la sucesión de Eduardo Rodríguez Sandoval, los cuales deben restituir con sus frutos, más los bienes raíces que recibieron Judith y María Olga por Escrituras públicas 1553 de 10 de septiembre de 1954 y 258 de 26 de febrero de 1963 de la Notaría Pública del Círculo de Girardot.

III. En escrito de 30 de junio de 1971, las demandadas consignaron sus respuestas, en el sentido de aceptar unos hechos, de negar otros, para finalizar con oposición a lo pedido y con la formuloción de las excepciones que denominaron "improcedencia de la acción, carencia de derechos, inepta demanda e ilegitimidad de la personería de la parte actora", fundadas, especialmente, en el hecho de que el actor no tiene vocación hereditaria.

IV. La primera instancia, una vez sustanciada, culminó con sentencia de 11 de enero de 1974, desfavorable al actor, contra la cual interpuso el recurso de apelación, habiendo culminado la segunda instancia con sentencia de 22 de octubre de 1975, que también le resultó adversa al demandante, pues se confirmó la impugnada.

V. Insatisfecho el demandante con la resolución precedente, interpuso, entonces, el recurso extraordinario de casación, que la Corte procede a resolver, por estar debidamente tramitado.

La sentencia del Tribunal

Referidos los antecedentes del litigio, y transcritos por el Tribunal algunos Arts. del C. C. y de las Leyes 57 y 153 de 1887, 45 de 1936 y 75 de 1968, sienta a continuación las reflexiones siguientes:

"1º El actor nació el día 16 de junio de 1932, habiendo sido reconocido por su padre natural por Escritura pública 434 de septiembre 4 de 1934;

"2º El padre natural señor Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval, contrajo matrimonio eclesiástico el día 18 de jul. de 1935, en la Parroquia de San Miguel de Girardot con la señora Silveria Cruz.

"3º Con fecha 29 de noviembre de 1936, nació la primera hija legítima llamada Olga Rodríguez Cruz hoy de Lozano y Judith Rodríguez Cruz el 29 de octubre de 1951.

"4º El señor Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval murió el 19 de agosto de 1966, abriéndose el correspondiente juicio de sucesión el día 22 de septiembre de ese año (fol. 38 vto. Cd. Nº 2) y en providencia de fecha marzo 13 de 1969 proferida por el señor Juez Civil Municipal de Girardot, revocó su proveído de fecha dos de noviembre de 1966 en cuanto reconoció a Eduardo Enrique Suárez Rodríguez (sic.) como heredero en su condición de hijo natural del trasmitente Enrique Rodríguez, providencia que fue confirmada por el Tribunal de Girardot con fecha dos de julio de 1969".

Con respaldo en las premisas enunciadas y en doctrina de la Corte, concluye el sentenciador que frente a un hijo natural nacido y reconocido por su parte antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 y frente al matrimonio de su progenitor celebrado también con antelación a la vigencia de dicho estatuto y, finalmente, frente al hecho de que el padre falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 75 de 1968, el actor no puede concurrir con hijos legítimos a recoger la herencia de su padre.

El recurso de casación

Con fundamento en la causal primera, el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal un solo cargo.

Cargo único

Mediante él acusa el fallo de segundo grado de ser violatorio de los Arts. 1274 a 1276, 1321 a 1326 del C. C., 25 y 28 de la Ley 153 de 1887, 1º, 18 y 23 de la Ley 45 de 1936 y 30 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación.

Comienza el recurrente por sostener que la doctrina de la Corte, en lo que atañe con la aplicación de la Ley 45 de 1936, ha distinguido el efecto retroactivo del retrospectivo y que no es justo que existan dos clases de hijos naturales, o sea, unos con derecho a heredar y otros sin esa prerrogativa.

Enseguida en censor transcribe apartes de la sentencia de la Corte que decidió sobre la exequibilidad del Art. 30 de la Ley 75 de 1968 y remata el cargo así: "Si el padre de Eduardo Enrique Rodríguez Suá-

rez lo reconoció como hijo suyo en los términos de la Escritura pública Nº 434 de septiembre 4 de 1934, es manifiesto el quebranto, por falta de aplicación, de los Arts. 1º, 18 y 23 de la Ley 45 de 1936 y del Art. 30 de la Ley 75 de 1968, que consagran los derechos de los hijos naturales y su participación en la herencia dejada por sus padres; el quebranto de los Arts. 1274 a 1276 del C. C. que reconoce el asignatario forzoso desheredado o privado de su legítima, la acción de reforma del testamento, el de los Arts. 1321 a 1326 del C. C. que reconoce la acción de petición de herencia cuando no está en posesión de ella, para que se produzca su reintegro, con restitución de los bienes y frutos correspondientes; finalmente, de los Arts. 25 y 28 de la Ley 153 de 1887, en cuanto reconoce el estado civil constituido conforme a una ley como derecho adquirido inviolable por ley posterior, pero que en cuanto a su ejercicio y cargas prevalecen las disposiciones de la ley nueva".

Se considera

1. Pueden o no heredar ab intestato los hijos naturales nacidos antes de regir la Ley 45 de 1936, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonio celebrado antes de entrar en vigor dicha ley, cuando la delación de la herencia del padre ocurrió con posterioridad a la expedición del citado estatuto y con antelación a la entrada en vigor de la Ley 75 de 1968.?

Para responder este interrogante, a título de introducción, conviene hacer alguna referencia histórica de las mencionadas leyes, con miras a precisar mejor los alcances de las mismas.

2. Como quiera que la legislación de 1887 (Ley 153) excluía al hijo natural de la posibilidad de heredar a su padre en concurrencia con hijos legítimos de éste, se reflexionó sobre la inequitativa e injusta situación de aquéllos, y fue así como se presentó en el año de 1936 un proyecto de ley sobre "filiación natural", elaborado por el abogado Gustavo A. Valbuena, que en lo referente a los derechos herenciales de los hijos naturales, establecía: "Los hijos naturales, concebidos con posterioridad a la vigencia de esta ley llevarán como cuota hereditaria, en concurrencia con hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos" (Art. 18).

3. Fue en el Parlamento, cuando se estudió el alcance del proyecto de ley en lo referente a los derechos herenciales de los hijos naturales, el tema que mayor controversia e interés presentó, pues Cámara y Senado asumieron en principio posiciones muy distantes entre sí, porque en tanto que la primera Corporación se orientó por el amplísimo criterio de amparar con derecho hereditario a todos los hijos naturales, sin tener en cuenta la época de concepción de éstos, o sea, que podían heredar no sólo los concebidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley sino también los existentes al tiempo de entrar en vigor, la segunda Corporación únicamente asentía a la concurrencia de hijos naturales con legítimos cuando aquéllos fuesen concebidos después de la vigencia de la ley.

Luego de múltiples discusiones y de sopesar los anteriores puntos de vista, se acogió la fórmula conciliatoria o de linaje transaccional presentada por la comisión del Senado, fórmula que a la postre resultó ser el Art. 28 de la Ley 45 de 1936, el cual establecía: "La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir".

4. Como fueron intensos los debates y explicaciones, y seguramente con el propósito de fijar fielmente los alcances del mencionado Art. 28, la Cámara incorporó al acta de la sesión del 20 de febrero de 1936, el informe final de la comisión del Senado, cuyo texto es el siguiente: "... De acuerdo con las razones que dejamos expuestas, hemos considerado que el artículo objetado por la honorable Cámara puede modificarse en forma menos restrictiva, pero conservando su idea cardinal, que es la de mantener los intereses de la familia legítima, originados por situaciones anteriores a la nueva ley. La fórmula que con tal fin nos permitimos proponer tiende a dejar protegidos esos intereses y conceder, al mismo tiempo mayores ventajas a los hijos naturales, estableciendo, al efecto, que la res-

tricción que contiene el artículo objetado por la honorable Cámara sólo tenga efecto en relación con los matrimonios anteriores a la fecha de la vigencia de la ley. De acuerdo con esta modificación, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la nueva ley concurren solamente con los hijos legítimos de los matrimonios que se celebren después que aquélla empiece a re misma vigencia, concurren con los hijos legítimos tanto de los matrimonios anteriores a la nueva ley como de los posteriores a ésta. Esta modificación, que brinda a los hijos naturales concebidos antes de que la nueva ley empiece a regir, la oportunidad de concurrir a la herencia con la familia legítima de matrimonios posteriores a la vigencia de aquélla, se inspira en una indiscutible base de justicia, sin chocar con situaciones jurídicas existentes, y concilia, al mismo tiempo, los puntos de vista de los criterios de la honorable Cámara y del honorable Senado".

5. Tal como quedó concebido el Art. 28 de la Ley 45 de 1936 y los antecedentes que del mismo se acaban de referir, y teniendo en cuenta que la mencionada ley entró en vigencia el 30 de mayo de ese año, se daban diferentes hipótesis, o sea, que en algunos eventos los hijos naturales heredaban a su padre en concurrencia con los hijos legítimos de éste, y en otros no, como claramente lo ha explicado la jurisprudencia reiterada de la Corte.

En efecto, en sentencia de 6 de septiembre de 1967, aún no publicada, se afirmó:

. "Tres casos pueden distinguirse en maria de derecho hereditario de hijo natural en concurrencia con hijos legítimos del mismo padre o madre.

"Primero. El de los hijos naturales concebidos después de la vigencia de la Ley 45, o sea después del 30 de mayo de 1936. Concurren con los hijos legítimos, bien sea que éstos provengan de matrimonio anterior o posterior a la vigencia de dicha ley y aún cuando tales hijos legítimos hayan sido concebidos antes o después de esa vigencia.

"Segundo. El de los hijos naturales concebidos antes del 30 de mayo de 1936, frente a hijos legítimos de matrimonios celebrados con posterioridad a la fecha en que la ley entró en vigencia. Concurren en la herencia del causante con sus hijos legítimos, en la proporción legal correspondiente, y

"Tercero. El de los hijos naturales concebidos con anterioridad a la vigencia de la ley, frente a hijos legítimos de matrimonios celebrados también con anterioridad a la vigencia de la ley. No concurren en la herencia del causante con sus hijos legítimos, aun cuando la concepción de éstos haya sido posterior a la fecha de la vigencia de dicho estatuto".

Luego la Corte reiteró el criterio anterior en su fallo de 10 de marzo de 1975, igualmente no publicado en la Gaceta Judicial.

6. Con el devenir del tiempo, la sociedad colombiana comprendería que si bien la Ley 45 de 1936 introdujo importantes reformas a la legislación civil, entre ellas, la atinente a los derechos herenciales de los hijos naturales, a la postre resultarían insuficientes y algo más, fuente de injustificadas restricciones, circunstancia por la cual se expidió en el año de 1968 un nuevo estatuto (Ley 75), que en lo que toca con el derecho sucesoral de los hijos naturales en concurrencia con los legítimos, no tuvo en cuenta los caprichosos presupuestos de la época de la concepción del hijo natural y del matrimonio del padre, pues al efecto el Art. 30 de la Ley 75, que fue introducido por la comisión del Senado cuando se discutía dicha ley, dispone: "Artículo 30º En las sucesiones que se abren después de la sanción de la presente ley, los hijos naturales 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 al hijo natural confiere la citada ley. Queda así modificado el artículo 28 de la Ley 45 de 1936".

7. Según el tenor del precepto antes copiado, con él se persigue, como se expresó en la ponencia para primer debate de la Cámara, eliminar "la aberrante prohibición del Art. 28 de la Ley 45 de 1936, según la cual los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley en concurrencia de hijos legítimos de matrimonios anteriores no tenían derechos hereditarios".

8. Ahora bien, en lo que atañe a los derechos sucesorales del hijo natural, para determinar cuál de los estatutos le es apli-

cable (si la Ley 45 de 1936 o la Ley 75 de 1968), se tiene, dentro de una sana y lógica interpretación de los Arts. 34 y 37 de la Ley 153 de 1887, que los derechos sucesorales se rigen por la ley vigente al tiempo de apertura de la sucesión, esto es, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante, máxime que es en este preciso instante cuando el derecho de los herederos nace para ellos, pues antes sólo los abriga una esperanza o mera expectativa de heredar. Y no sobra aclarar, sobre todo el recurrente, que desde el punto de vista jurídico no es lo mismo "apertura" o "delación" de la herencia, la cual ocurre por el fallecimiento de la persona, que "apertura o iniciación ritual del proceso sucesoral", que bien puede presentarse con mucha posterioridad a la muerte de la persona y que no determina nacimiento de derecho hereditario alguno.

9. En atención a las premisas sentadas, ya se puede resolver con facilidad el interrogante formulado al comienzo.

En efecto:

No tienen vocación hereditaria los hijos naturales concebidos con anterioridad al 30 de mayo de 1936 en concurrencia con hijos legítimos del causante procedentes de matrimonio contraído también con anterioridad a dicha fecha, cuando el padre falleció con antelación al 30 de diciembre de 1968, fecha en que se sancionó y comenzó a regir el Art. 30 de la Ley 75. Por el contrario, sí tienen vocación hereditaria los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos, cuando la muerte del padre se produjo con posterioridad a la fecha antes mencionada. Y, ésto es así, porque la primera hipótesis la comprende el Art. 28 de la Ley 45 de 1936, y , la segunda, el Art. 30 de la Ley 58 de 1975.

10. En el caso sub lite, se tiene: a) que el demandante, quien se identifica como hijo natural, nació el 16 de junio de 1932; b) que Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval, padre del actor, contrajo matrimonio el 18 de julio de 1935; c) que como consecuencia del vínculo precedente, nacieron Olga María y Judith Rodríguez Cruz; d) que Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval falleció el 19 de agosto de 1966; e) que el causante dejó descendencia legítima de matrimonio celebrado con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936.

11. Ante esta circunstancia se concluye que el demandante carece de vocación hereditaria en la sucesión de Eduardo Enrique Rodríguez Sandoval; y, como a esta misma conclusión llegó el sentenciador ad quem en el fallo impugnado, fácilmente se infiere que no pudo quebrantar los preceptos sustanciales enunciados en la censura.

Por tanto, se rechaza el cargo.

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 22 de octubre de 1975, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Condénase en costas a la parte recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Luis H. Mera B. Secretario.

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION

Derecho de representación

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario de ZOILA ROSA ORTEGA CHAMORRO DE LUCERO, GUILLERMO, HERMES HUMBERTO Y FIDEL ORTEGA CHAMORRO contra todos los adjudicatarios de los bienes que pertenecieron al causante JULIO ORTEGA BASTIDAS.

II

Antecedentes

1. Para mayor claridad, es conveniente transcribir las pretensiones deducidas en la demanda que dio origen al proceso:

"PRIMERA. Que mis poderdantes tienen legítimo derecho de heredar, como hijos naturales de su padre, a su expresado tio, en iguales condiciones de los demás sobrinos, por sí mismos o representando a aquél, o parientes en tercer grado de consaguinidad que recogieron la totalidad de la herencia del causante, al ser declarados por usted herederos en el sucesorio que cursó en su despacho; correspondiendo, por lo tanto, la herencia a los parientes demandantes y demandados, considerándose sin efecto la partición que se hizo y aprobó con prescindencia de los demandantes.

"Las personas declaradas como herederos de JULIO ORTEGA BASTIDAS y contra las cuales dirijo la demanda o petición de herencia son las siguientes: .....

"De suerte que la herencia debe dividirse entre todos los sobrinos sobrevivientes y los hijos de los sobrinos muertos con anterioridad, en representación de éstos; o sea en veinte partes: cuatro para los sobrinos demandantes; seis para los sobrinos Burgos Ortega; ocho para los sobrinos vivos Ortega Arellano; una para el sobrino Fidel Ortega Arellano que murió después del causante, y que recibe como heredero suyo, su hijo Fidel Ortega Arteaga, y otra parte, para los hijos de la sobrina muerta Ismenia Ortega de Zambrano, y en su representación: Julio, Galo, Alirio, Ovidio, Pompilio y Tito (o Torzo) Zambrano Ortega. En subsidio —si se considera que los sobrinos del causante o descendientes de éstos han de heredar por estirpes o por derecho de representación de los hermanos de aquél dividiéndose la herencia, así: una parte para los demandantes, por representación de los derechos de Segundo Ortega Bastidas; otra, para los demandados Burgos Ortega, por derecho de representación de su madre Sara Ortega de Burgos; y otra, para los hijos y nietos de Enrique Ortega, por representación de los derechos de este tercer hermano.

"SEGUNDA. Que los demandados o parientes del causante, en la proporción que les corresponda según lo que a cada cual se le adjudicó en la herencia, sean condenados a restituir, a mis poderdantes, bien, directamente, como parientes de tercer grado, o por representación de su padre Segundo Ortega Bastidas, los bienes herenciales quedados a la muerte de aquél, con inclusión de frutos y provechos que hayan producido y produzcan desde que entraron a poseer la herencia o sea desde la muerte

del causante, hasta que se cumpla la sentencia.

"TERCERA. Que pertenecen a la herencia de JULIO ORTEGA BASTIDAS, entre otros bienes, los siguientes raíces: (se determinan aquí, por su situación y linderos, seis inmuebles).

"CUARTA. Perjudicando la sentencia en lo que a esta pretensión se refiere, a los poseedores Leonardo José Acosta Reyna y Servio Tulio Muñoz Coral, que adquirieron el inmueble, por compra a unos de los herederos y demandados anteriormente, demando se decrete contra estos dos segundos demandados, y en favor de la herencia del Dr. Julio Ortega Bastidas, representada por sus herederos **ab intestato** (esto es por los demandantes y los primeros demandados) la reivindicación del siguiente inmueble, que en mayor extensión se inventarió dentro del sucesorio del causante, o parte del llamado 'Santa María', y hoy "Caupueran Santa Ana', el cual tiene estos linderos especiales:

..... Condenándose a tales poseedores a restituir lo que se reivindica, junto con sus frutos naturales o civiles, percibidos o que habríanse percibidos con una mediana e inteligente administración de la parte reivindicante.

"QUINTA. Que como consecuencia de las acciones de petición de herencia y reivindicación precedentes, se declare como existente la comunidad de bienes, a título universal, que según los inventarios practicados dentro de su sucesorio constituyen la herencia o sucesión intestada del Dr. Julio Ortega Bastidas, para partirse entre sus herederos, los primeramente demandados y los demandantes, porque la partición llevada a efecto por los primeros es inoponible a los segundos; a fin de verificarse una nueva partición entre unos y otros.

"Como consecuencia de lo pedido en este aparte, debe ordenarse la cancelación en el registro de la inscripción de la partición de bienes de la nombrada herencia, para que el sucesorio del Dr. Julio Ortega Bastidas continúe hasta terminarse por una nueva partición de sus bienes entre todos sus parientes consanguíneos de tercer grado, por no haber dejado a su muerte, ni cónyuge sobreviviente, ni descendientes ni ascendientes de ninguna especie" (subrayas de parte demandante).

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi, indicáronse en el libelo los que en sustancia pueden extractarse así:

a). Julio Ortega Bastidas, fallecido soltero en Ipiales el 10 de agosto de 1971, no dejó descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge sobreviviente, sino sólo un grupo de sobrinos, **hijos legítimos** de hermanos legítimos suyos, muertos todos con anterioridad a él, y los **hijos legítimos** de uno de tales sobrinos, fallecidos también antes que él.

Quedaron, además, los **hijos naturales**, debidamente reconocidos, de otro hermano legítimo del causante, quien también murió antes que éste.

b). Abierto el proceso sucesorio de Julio Ortega Bastidas en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, el Juez reconoció como herederos a todos los sobrinos y sobrinonietos **legítimos**, y algunos cesionarios de derechos sucesorales, pero negó el reconocimiento de los sobrinos **naturales** como herederos, por no extenderse a éstos el derecho de representación, con arreglo a lo prescrito por el artículo 1043 del Código Civil.

c). El proceso de sucesión terminó con acto de partición, por el cual se adjudicaron todos los bienes del causante a los parientes colaterales reconocidos como herederos suyos por derecho de representación, excluyéndose a los Ortega Chamorro, hijos naturales de un hermano legítimo del difunto. Hubo también venta de un inmueble a terceros.

3. El sentido y el alcance de las pretensiones de la parte actora quedaron expresados en los fundamentos de derecho de la demanda, que en brevísima síntesis son los siguientes:

a). Ha sido notoria y constante la tendencia del legislador colombiano de ir ampliando día a día el concepto de familia, de manera de incluir en ésta a todas las personas vinculadas por la sangre, con prescindencia de que hayan sido o no sido concebidas dentro del matrimonio de sus padres, protegiendo así los derechos de quienes, por virtud de hechos sociales de común ocurrencia en el país, hacen parte del núcleo familiar no obstante que sus padres

no estén ligados entre sí por nexo matrinial;

b). Pese a esta acertada concepción de lo que es realmente la familia, de la cual han sido fruto las leyes sobre filiación natural, el legislador ha incurrido, dentro del proceso de ampliación de ese concepto, en algunos descuidos, por omisión. Así, no obstante que conforme al artículo 1043 del Código Civil los hermanos naturales tienen el caracter de herederos, puesto que pueden ser representados por su descendencia legítima, en los órdenes de sucesión no quedaron comprendidos tales hermanos, como puede comprobarse en la lectura de los artículos 1045 y siguientes de esa misma obra, error que sólo vino a corregirse mediante el artículo 85 de la Ley 153 de 1887. Así también, al redactarse el artículo 87 de esa Ley sólo se hizo referencia a los "colaterales legítimos" del causante, cuando indudablemente la intención del legislador fue la de comprender también a los colaterales naturales. Y regresando al Código Civil, cuyo artículo 1043 está vigente, es palmario que aun cuando en su letra apenas se refiere a la "descendencia legítima", para los efectos del derecho de representación, se tuvo la intención de que el heredero premuerto pudiera ser también representado por su descendencia natural;

c). Conclúyese de lo dicho que el rechazo de los demandantes a ser reconocidos como herederos de Julio Ortega Bastidas, ora directamente en su calidad de sobrinos, ora por derecho de representación de su padre, envuelve una interpretación puramente exegética, en manera alguna científica, de las correspondientes normas civiles que en el fondo sí les reconocen la calidad invocada.

4. Todos los demandados, mediante el mismo mandatario judicial, contestaron la demanda aceptando íntegramente los hechos, pero oponiéndose a las pretensiones de la parte actora "POR CUANTO ELLAS SON INFUNDADAS" en virtud de excepciones que denominaron "carencia de acción y derecho" y "excepción general".

5. El Juez Civil del Circuito de Ipiales, quien conoció del proceso en la primera instancia, lo decidió rechazando las súplicas de la demanda y condenando a la parte actora en las costas.

Apelada esta sentencia por los desfavorecidos con ella, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó en todas sus partes, sin costas de segundo grado "por no haberse causado".

III

Motivación del fallo impugnado

Comienza el Tribunal precisando que "La cuestión planteada en ejercicio de la acción fundamental de petición de herencia, se expresa claramente en los siguientes términos: los hijos naturales de SEGUNDO ORTEGA BASTIDAS, hermano legítimo del causante JULIO ORTEGA BASTIDAS, reclaman su cuota de herencia, en concurso con los hijos legítimos de los demás hermanos legítimos del mismo causante".

Luego expresa que "Las afirmaciones contenidas en la demanda, según las cuales el llamamiento hereditario se hizo confusamente para recibir, POR CABEZAS, en forma directa y autónoma, integrando el 5º orden, contraría el texto de las providencias judiciales sobre reconocimiento de herederos, cuyo tenor literal es inequívoco y terminante, al admitir la representación y al destinar los bienes por estirpes o grupos. Esta advertencia, basada en hechos procesales previos, permite desatender todos aquellos argumentos de la demanda que están dirigidos a sustentar el supuesto derecho de los demandantes a participar, en condición de colaterales, en forma directa dentro del 5º orden sucesoral, por cuanto no es posible, en este plenario, revisar las decisiones judiciales ejecutoriadas y producidas en proceso distinto especial. Además, frente al ordenamiento consignado en el artículo 1321 del C. C., no hay lugar a desplazar ni a integrar a herederos de mejor derecho y en grado anterior, con peticionarios que invocan un grado inferior o posterior".

2. En seguida explica el sentenciador que "La representación es un régimen singular, por el cual los descendientes legítimos ocupan el lugar y reciben —por ESTIRPES— lo que su padre o madre habrían recogido si hubiesen podido o querido suceder. Con razón crítica la doctrina el con-

cepto contenido en el artículo 1041 del C. C., según el cual, 'se trata de una ficción', como si la ley para ejercer su imperio tuviese necesidad de recurrir a ella. Consagra, es evidente, un derecho autónomo que no proviene del ascendiente y que en muchos casos permite al titular ocupar un puesto que para aquél estaría vedado. Hay lugar a la REPRESENTACION por —mandato contenido en el artículo 1043— en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales. Fuera de estas descendencias no hay lugar a ella.... De donde se deduce que no hay representación para los ascendientes ni tampoco en la descendencia natural o ilegítima. Vale decir, para el caso, que los hijos naturales de SEGUNDO ORTEGA B. no acrediten derecho sustancial para representarlo o integrar en su nombre la sucesión de JULIO ORTEGA B.

"La Ley 5ª de 1975, modificó ampliamente el anterior régimen de la representación, en cuanto atañe al hijo adoptivo, consagrándola en beneficio de **todos los descendientes legítimos**, en el caso de adopción plena, y sólo para los 'hijos legítimos' en la adopción simple. Sobre este aspecto, corre en la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (206-207/75), el docto y autorizado estudio presentado por el H. Magistrado Dr. GERMAN GIRALDO ZULUAGA, al tomar posesión como académico correspondiente (pág. 341 obra citada). Pero en ningún caso alteró, como lo supone el apoderado demandante, la situación consagrada en el artículo 1043 del C. C.".

3. Y en capítulo que denomina "Interpretación científica de la ley", hace el Tribunal referencia a la escuela científica de interpretación del derecho objetivo, explicando que ésta revaluó el criterio meramente exegético y puso de manifiesto la imperiosa necesidad de consultar "la verdad social y los presupuestos históricos de la ley". Advierte, sin embargo, que "la misión interpretativa tiene por presupuesto fundamental o primordial, la norma escrita, objeto de la investigación y del juicio, y, en veces, también el vacío legal que conduce a la analogía científica". Pero pone de manifiesto que "Sólo cuando la ley es muda, oscura o deficiente, se requiere de la función creadora por el proceso severo de la interpretación jurídica. Cuando la ley es clara, expresa, suficiente, no puede el juzgador evadirla so pretexto de adivinar su espíritu, porque los resultados entonces devienen en una ratificación inocua o bien en un desconocimiento arbitrario o insostenible".

4. De todo lo cual concluye: "En el negocio propuesto por los hijos naturales de quien fuera en vida SEGUNDO ORTEGA BASTIDAS, aquéllos no están habilitados legalmente para ejercer la representación de su padre natural y para ocupar su lugar en el cuarto (4º) orden hereditario constituido —como se dejó señalado— por los descendientes legítimos de los otros hermanos legítimos del causante. Las normas aplicables y en particular el artículo 1043 del C. C., no dan margen a otra interpretación que la proveniente de su tenor literal claro y expreso, concluyente y exacto".

III

La demanda de casación

Tres cargos se propone en ella, todos por la primera causal. Serán estudiados y decididos conjuntamente, dada su íntima conexión.

Primer cargo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de violar directamente las siguientes disposiciones: el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida; el 590 **ibídem**, por falta de aplicación; el 1321 del Código Civil, también por falta de aplicación; el 1041 del mismo Código, por interpretación errónea y aplicación indebida; y el artículo único de la Ley 60 de 1935, por falta de aplicación, en armonía con el 87 de la Ley 153 de 1887 y con "las reformas consignadas en las leyes 45 de 1936, 140 de 1960, 75 de 1968 y 5ª de 1975".

En desarrollo de la impugnación, explica el recurrente:

a). Que las providencias sobre reconocimiento o desconocimiento de herederos, en los procesos sucesorios, no tienen la fuerza

de cosa juzgada, la cual, con arreglo al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, sólo es propia de las sentencias; máxime cuando el artículo 590 de esta obra permite a los herederos rechazados hacer valer sus pretensiones por la vía ordinaria, y el 1321 del Código Civil consagra la acción de petición de herencia independientemente de esos reconocimientos o desconocimientos puramente interlocutorios.

b). Que el artículo 1041 ibídem, por el cual se establece el derecho de representación, no era aplicable al caso de los demandantes, quienes no pretenden heredar al causante de esa manera, sino directamente como sobrinos suyos, puesto que al fallecer el de cujus no dejó ningún hermano vivo, sino sólo sobrinos; lo cual lleva a la conclusión de que el sentenciador entendió erróneamente ese artículo, "por haber interpretado mal lo que significa heredar por representación de acuerdo con su texto y espíritu"; violando de contera, por falta de aplicación, los textos legales que extienden la vocación hereditaria a los colaterales hasta del cuarto grado, textos que eran los aplicables y que son los señalados en el planteamiento de la acusación.

Segundo cargo

Está formulado textualmente así: "..... acuso también el fallo del Tribunal, como violatorio, en forma directa o aparte de toda consideración probatoria, del Art. 1321 del C. C. Que dejó de aplicarlo siendo del caso hacerlo, para decretar favorablemente la demanda de petición de herencia; y a cuya violación se llegó previa violación directa de los artículos 21 y 22 de la Ley 45 de 1936 por interpretación errónea de ellos y por falta de aplicación de los de la Ley 153 (85) de 1887, 1043, 280 (C. C.) modificado por Ley 140 del 60, 8º de la Ley 153 de 1887, 87 de la misma (Art. único Ley 60 de 1935), que le dan vocación hereditaria a los hermanos naturales, y por ende, a los parientes naturales, en la sucesión de los hermanos y parientes colaterales legítimos".

Para sustentar esta acusación, el impugnador repite los argumentos que se expusieron en la demanda originaria del proceso como fundamentos de derecho de las pretensiones allí deducidas, los que en concepto de la censura llevan a la conclusión de que la Ley 45 de 1936 "acabó con la odiosa distinción entre miembros de la familia legítima y de la familia natural, pero olvidó que al hacer ese cambio debió legislar que el hermano natural hereda no sólo a su hermano natural sino al hermano que es hijo legítimo, y el colateral hasta de cuarto grado —natural—, a su colateral del mismo grado, legítimo....."

Tercer cargo

Se hace consistir en el quebranto, por la vía directa, del artículo 1043 del Código Civil, a consecuencia "de haber interpretado erróneamente el nuevo sistema que implantó la Ley 45 de 1936 en su artículo 22, al decir que 'la sucesión del hijo natural se rige POR LAS MISMAS REGLAS que la del causante legítimo'; y en la violación, por la misma vía y por falta de aplicación, del artículo 1321 del mismo Código, que consagra la acción de petición de herencia.

El Tribunal, sostiene el censor, debió aplicar el artículo 1043 " en el sentido con que quedó después de la reforma o vigencia de la Ley 45 de 1936, esto es, que la representación o facultad de heredar por representación existe también en la descendencia natural del difunto, y en la descendencia natural de sus hermanos naturales". Habiéndolo aplicado con un sentido estricto, de que carece, violó en consecuencia, por falta de aplicación, el 1321.

Consideraciones de la Corte

1. El Derecho Romano, que llegó a ser a través de su evolución constante el sistema jurídico más perfecto que se haya conocido, hasta cuando ideologías precursoras de las que gobernaron a lo largo de la Edad Media lo hicieron entrar en decadencia, fue obra maestra y gigantesca de los Pretores, quienes tuvieron a su cargo la ardua misión de humanizar y atemperar una legislación estricta, formalista y concebida como privilegio del ciudadano romano, extendíendola paulatinamente a la persona humana en general, haciéndola más justa y amoldándola a la verdadera naturaleza de los fenómenos jurídicos, madiante la

aplicación e incorporación de los principios del ius naturale y el ius gentium. Así nacieron, valgan los ejemplos, el concepto de la obligación como vínculo puramente jurídico y no material; el del contrato consensual, que de excepción llegó a convertirse en regla; el de la culpa, por oposición a la simple materialidad del hecho dañoso; el de la buena fe, el del enriquecimiento injusto y tantos otros que son bases insustituibles de todas las legislaciones modernas.

Mas esa labor pretoriana, que participaba tanto de la función jurisdiccional como de la legislativa, difiere radicalmente de la asignada hoy a los jueces, por virtud de la separación de los órganos del poder público. La misión exclusiva del juez es interpretar y aplicar la norma de derecho objetivo, ajustándola eso sí a las variables necesidades del medio social y formando de esta manera la jurisprudencia, que es reflejo de la ley y reflejo de la vida, vehículo de comunicación y armonización de la una con la otra. Por fuera está de los poderes del juez crear la ley o modificar aquella cuya interpretación y aplicación se le han confiado.

No puede crearla, porque ningún sistema de derecho objetivo tiene lagunas. Todos ellos son de una "plenitud hermética", según feliz expresión de Hans Kelsen. Cualquier caso, por raro y extraordinario que parezca, tiene solución legal. Esto no significa, desde luego, que para cada caso particular haya norma especial y concreta aplicable. En veces no la hay, y el legislador se ha visto precisado a establecer un sistema que debe seguirse entonces: primero "se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes"; en su defecto, "la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (artículo 6º de la Ley 153 de 1887). Y consecuente con la idea de que la legislación no tiene lagunas, estableció que "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia" (artículo 48 ibídem).

Tampoco puede modificarla, porque esta función compete privativamente al órgano legislativo, cuya órbita el jurisdiccional no puede invadir.

2. Ahora bien: interpretar y aplicar la ley es tarea que debe desempeñar el juez con arreglo a determinados principios legeles, que son los consignados en los artículos 25 a 32 del Código Civil. Estos principios, incorporados en nuestro derecho objetivo en época en que todavía no había surgido la doctrina de la interpretación científica de la ley, por oposición a la puramente exegética, no excluyen por fortuna el criterio que aquella doctrina preconiza, aunque sí limitan su aplicación a los casos en que la ley contenga expresiones oscuras.

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", reza terminantemente el inciso primero del artículo 27. En todos los casos en que así ocurra, no se puede alterar el texto de la ley aún cuando las necesidades del medio social estén en contraposición con la norma. El Juez no puede legislar y, por lo tanto, carece de poder para derogar o modificar la ley.

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión OSCURA de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento", expresa el inciso segundo del mismo artículo. He aquí el campo en que puede actuar el criterio científico de interpretación. Pero sólo en este campo. Si la norma es CLARA, debe ser aplicada conforme a su tenor literal, así sea favorable u odiosa (artículo 31). Y este deber pesa sobre el juez con mayor vigor cuando quiera que la norma sea de caracter excepcional, porque suponiendo ésta una regla general de la cual se aparta, es forzoso interpretarla restrictivamente, pues todo caso no comprendido en ella de manera expresa, se rige por la regla general y no por la excepcional.

3. **El recurrente pretende que la correcta inteligencia de las normas sustanciales que regulan el derecho de representación y establecen los órdenes sucesorales, impone la conclusión de que, a falta de ascendientes, descendientes y cónyuge sobreviviente, y muertos los hermanos del causante con anterioridad al fallecimiento**

de éste, lo heredan sus sobrinos, así sean hijos legítimos o naturales, y la de que, aún suponiendo que en tal hipótesis cupiera el derecho de representación y se aplicara el orden de sucesión de los hermanos, no el de los sobrinos, tal derecho radica tanto en los hijos legítimos como en los naturales del representado. Y sostiene esta tesis porque, según afirma, el legislador, en su propósito de sustituir la familia legítima por una más amplia, fundada solamente en los vínculos de la sangre, ha tenido olvidos e incurrido en descuidos que no pueden alterar esa su intención, claramente manifestada en otras disposiciones. ..La Corte no puede admitir esta tesis, por múltiples razones:

a). El artículo 87 de la Ley 153 de 1887, que está vigente, dispone "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, de cónyuge sobreviviente y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros colaterales legitímos .....(se subraya).

El tenor de esta disposición es absolutamente claro. De consiguiente, no puede interpretarse ampliándolo a los colaterales naturales.

Pero este artículo no es aplicable al caso del proceso, por la sencilla razón de que los vocablos "a falta de", concretamente a falta de hermanos legítimos, no pueden entenderse para el caso de haber FALLECIDO éstos antes del causante, sino solamente para el caso de NO HABER HABIDO hermanos legítimos, pues si los hubo y murieron, la disposición aplicable es la del artículo 1041 del Código Civil, que reza así: "Se sucede ab intestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. LA REPRESENTACION es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder..." (se subraya). Y no se arguya que sin haber habido hermanos no pudo tampoco haber habido sobrinos, porque en este caso los que heredan como colaterales legítimos son los primos del causante, hasta el cuarto grado (Ley 60 de 1935, artículo único).

Hasta dónde se extiende el derecho de representación? A ello responde el artículo 1043 del Código: "Hay siempre lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación" (se subraya).

El texto de este artículo, especialmente en su inciso final, es de una claridad meridiana. El juzgador no puede ampliarlo de manera que comprenda la descendencia natural, como en la censura se pretende, porque quebrantaría abiertamente la prohibición del inciso primero del artículo 27 del Código Civil, transcrito atrás. Y con mayor rigor le está vedado hacerlo en casos como el que se estudia, porque el derecho de representación, por oposición al derecho directo y personal de heredar, es institución excepcional, que debe interpretarse restrictivamente.

b). Para mayor abundamiento, adviértase además la inexactitud de la tesis de la parte recurrente, conforme a la cual el legislador colombiano llegó ya a ampliar el concepto de familia de modo que comprende a todas las personas vinculadas por los meros lazos de la sangre, con independencia del matrimonio. Así no lo ha hecho. Por el aspecto patrimonial, la ley sólo ha instituido como herederos, dentro de la familia legítima, esto es, la proveniente de matrimonio, al HIJO NATURAL y al HERMANO NATURAL del causante. Así lo demuestran numerosas disposiciones de los estatutos legales que han venido ocupándose del asunto, cuales son los artículos 85 y 87 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 19, 20, 21, 23, 24 y 25 de la Ley 45 de 1936, que confieren derechos sucesorales a tal hijo y a tal hermano, pero limitando la vocación hereditaria a la descendencia legítima del uno y del otro, con exclusión de su descendencia natural. El avance legislativo en esta materia no ha llegado al punto que el censor imagina. Es cierto que llegó ya hasta otorgar derecho de alimentos a los nietos naturales y a los ascendientes naturales (artículo 31 de la Ley 75 de 1968); pero esta norma es excepcional y nada tiene que ver con la herencia.

No sobra agregar que los progresos de la legislación concerniente a los hijos adoptivos son del todo extraños al caso debatido, como lo son las normas relativas a la

sucesión del hijo natural, cuestiones ambas extrañas a la especie en litigio y que no podrían servir de apoyo para interpretar las muy claras disposiciones legales que le son aplicables, puesto que aquí se trata de sucesióón de hijo legítimo, no natural ni adoptivo.

4. De lo expuesto conclúyese, haciendo caso omiso de las deficiencias de orden técnico que acusan los tres cargos en estudio y que no vale la pena de puntualizar, que el Tribunal interpretó correctamente y respetó el verdadero sentido, que es el literal, de los artículos 1041 y 1043 del Código Civil, pilares de su sentencia, y que dejó de aplicar al caso, con toda la razón, el 1321 de la misma obra, por el cual se consagra la acción de petición de herencia.

5. Por último, es fundada la acusación contenida en la primera parte del primer cargo: los autos de reconocimiento o desconocimiento de herederos, que se dictan en los procesos de sucesión, son meras providencias interlocutorias que no tienen la fuerza de cosa juzgada ni empiecen la acción de petición de herencia. En esto erró el Tribunal. Mas este yerro in judicando no podría servir de base para casar la sentencia acusada, la cual, no obstante, conserva sólido fundamento en los anteriormente citados artículos del Código Civil.

Por las razones que se dejan explicadas, ninguno de los cargos formulados prospera.

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 materia del recurso extraordinario, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Sin costas en el recurso, por haber habido rectificación doctrinal.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitan Tovar. Secretario interino.

VENTA POR CABIDA

Oportunidad para recurrir, en caso de sentencia complementaria o cuando se niega ésta. Revocación oficiosa del auto admisorio de la demanda

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

El apoderado inicial de la parte demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia de 6 de mayo de 1976, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la del juez a quo, declaró simulado un contrato de compraventa y condenó solidariamente a pagar las costas de la primera instancia a los demandados y a su apoderado Ernesto Vargas Ardila. Concedido el recurso, la Corte por auto de 6 de julio pasado lo declaró admisible, sin advertir que el recurrente lo interpuso en su nombre propio y no como apoderado de la parte demandada.

La correspondiente demanda de casación se ha presentado oportunamente para que la Corte examine si reúne los requisitos formales.

Antes de entrar a decidir, conviene precisar lo siguiente:

1º La sentencia de segunda instancia se notificó por edicto que se desfijó el 1º de junio de 1976 (fl. 50 del cuaderno 4º). Al día siguiente, actuando a nombre propio, Ernesto Vargas Ardila, a quien se le había revocado el poder para representar a los demandados, solicitó aclaración y adición de la sentencia, en el sentido de exonerarlo del pago de costas, lo que le fue negado por auto de 3 de julio siguiente, que se notificó por estado del 6 del mismo mes.

2º Se advierte en el escrito calendado el 16 de julio de 1976, por medio del cual se interpuso el recurso extraordinario, que el recurrente Vargas Ardila manifestó actuar en su "propio nombre" y no como apoderado de alguna de las partes. En el mismo documento, el recurrente precisa que interpone el recurso en cuanto el fallo del Tribunal lo condenó solidariamente al pago de las costas de primera instancias (folio 57 del cuaderno 4º).

3º) La demanda de casación no indica cuál o cuáles de las cinco causales de casación se alegan en los dos cargos que contiene.

Se considera

De lo antes narrado brota con vigor que el recurso de casación interpuesto en su nombre propio por Ernesto Vargas Ardila no podía ser concedido por el Tribunal, y que la Corte, habiéndolo concedido éste, debió declararlo inadmisible. En efecto:

a) Aunque el recurrente sufrió claro perjuicio con la sentencia en la declaración atacada, él no estaba legitimado para proponer la casación en virtud de no ser parte en el proceso.

b) Como la solicitud de aclaración, corrección o adición de la sentencia que formulara Vargas Ardila, fue negada totalmente, no existió "providencia complementaria" del fallo de segundo grado. En verdad, cuando la ley en la parte final del primer inciso del artículo 369 del C. de P. Civil, dispone que el término para interponer el recurso de casación, en caso de pedirse adición, corrección o aclaración de la sentencia, "se contará a partir de la notificación de la providencia complementaria" (se subraya), está diciendo que tal ex-

cepción no rige cuando, por negarse la adición, corrección o aclaración pedidas, no se dicta "providencia complementaria" del fallo impugnado. Por tanto, si la sentencia quedó notificada el 1º de junio de 1976 y el recurso sólo se interpuso en escrito de 16 del mes de julio siguiente, resulta patente que él fue extemporáneo.

c) Como de las resoluciones del Tribunal, la única atacada fue la que contiene condena en costas, el recurso no era procedente, porque la doctrina jurisprudencial ha sostenido sin desfallecimiento que esa condena independiente no es susceptible de ser atacada en casación, desde luego que ella no está circunscrita en el thema decidendum que las partes someten al fallador, sino que es una obligación que impone la ley a cargo del litigante vencido solidariamente con el apoderado que actúa con temeridad o mala fe (artículos 73 y 393 del C. de P. Civil). Ahora bien, como quedó demostrado que fue ilegal el auto admisorio del recurso, la Corte no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a "asumir una competencia de que carece", cometiendo así un nuevo error. En tales circunstancias, advertida la equivocación consistente en declarar admisible sin serlo un recurso de casación, la Corte puede, sin que tenga que decidir de fondo, pronunciarse en la primera oportunidad procesal, de oficio a solicitud de parte, sobre la improcedencia del recurso.

d) Pero aún en el caso de dejar de lado los fundamentos expuestos, necesario sería declarar desierto el recurso de casación, porque como quedó dicho arriba, la demanda no llena a plenitud los requisitos formales para que admita estudio de fondo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, deja sin valor su auto de 6 de julio último y, en su lugar, declara que es INADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION que interpuso Ernesto Vargas Ardila contra la última de las condenas que contiene la sentencia de 6 de mayo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Erasmo Pinzón Rodríguez y otro frente a Erasmo Pinzón Méndez y otra.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Si bien comparto la resolución tomada en la providencia anterior, discrepo sin embargo de su segunda motivación, es decir la atinente a la oportunidad para interponer el recurso de casación, en que la mayoría de la Sala apoya la decisión.

Por lo consiguiente, con el respeto debido a mis colegas expongo a continuación brevemente las razones de mi disentimiento.

1. La sentencia, que es el acto procesal mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe resolver sobre todos los extremos de la litis.

Cuando así no ocurre, cuando por olvido de este principio normativo del comportamiento del juez al proveer, su sentencia no resulta "en consonancia con las pretensiones.... y con las excepciones", el fallo es incongruente, ya sea porque en él se decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo suplicado (minima petita).

2. El yerro in procedendo apuntado puede repararse, generalmente, al través de los recursos de apelación y casación, desde luego que en el sistema procesal civil patrio impera el principio de que "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció". Sin embargo, tratándose del último de los tres indicados casos de inconsonancia, y como en tal evento no se persigue reformar una resolución dictada en la sentencia sino proveer sobre pretensiones oportunamente formuladas y no decididas en ella, al fallo incongruente por el aspecto dicho puede hoy ser adicionado por el mismo juez que lo profirió.

Quizás con base en el principio de la economía procesal lo consagró positivamente así el legislador de 1970, al estatuir en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente que "cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o guarde silencio sobre costas, o sobre perjuicios en razón de temeridad o mal fe de las partes o sus apoderados, podrá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte".

Lo cual da tanto como decir que el fallo diminuto puede corregirse con la llamada sentencia adicional o complementaria, sin necesidad de acudir a los recursos de apelación o casación. Entonces, como expresamente lo indica el artículo 352, 3º ibídem, "proferida una providencia complementaria, en el término de su ejecutoria podrá también apelarse de la principal. Los dos recursos se concederán o negarán simultáneamente, aunque se hayan propuesto por separado".

3. De acuerdo con lo estatuido por el artículo 369 ejusdem, el recurso de casación puede interponerse desde el momento mismo en que el fallo existe, esto es, desde que quede fechado y firmado, aunque no se haya notificado, hasta el último de los diez días hábiles siguientes a aquel en que quede surtida la notificación a todas las personas que son partes en el proceso en el que se dictó la sentencia.

En los casos en que el juez de instancia, con apoyo en la facultad que le concede el artículo 311 antecitado, adicionado su fallo inicial, o le haya hecho a éste correcciones o aclaraciones con fundamento en los textos 309 y 310 de la misma obra, el término para proponer el recurso de casación, según el Art. 369, "se contará a partir de la notificación de la providencia complementaria".

4. A pesar de que, según el claro texto del sobredicho artículo 311, sólo hay "SENTENCIA COMPLEMENTARIA" cuando el

fallo inicial se adiciona por el mismo juez que lo dictó, y no cuando se deniega la adición pedida, pues en tal acontencer la providencia respectiva se llama "AUTO QUE DENIEGA LA ADICION", conforme a las voces del mismo precepto, considero que en ambos casos —porque en los dos se ha solicitado una adición— el término para interponer el recurso de casación debe contarse a partir de la notificación de la providencia del juez que decida el correspondiente pedimento (auto o sentencia, según que se niegue o se acoja la solicitud de adición).

Muy respetuosamente estimo que si a esta parte del precitado artículo 369 no se le da interpretación indicada en esta salvedad de voto, sino que, contrariamente, como lo hace la ponencia de la cual me separo, se le atribuye a la expresión "providencia complementaria" el único alcance gramatical que indica, se lesiona gravemente el derecho del litigante que, sin poder adivinar el resultado de su petición, ha solicitado sin éxito adición, aclaración o corrección de la sentencia y no ha propuesto en esa misma oportunidad y en ese mismo escrito el recurso de casación.

Fecha **ut supra.**

Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO

Sociedad de hecho en el nuevo Código de Comercio. (su legitimación en causa pasiva). Reserva de dominio. Seguros. Contratos de adhesión

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de octubre de 1976, por medio de la cual falló la segunda instancia del proceso instaurado por Eduardo Restrepo Daeghsal contra "la sociedad comercial Sarmiento & Montes, sociedad de hecho domiciliada en Bogotá, solidariamente con sus socios señores Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes".

I

El litigio

1. Mediante libelo repartido al juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá el 17 de octubre de 1972, que por impedimento aceptado pasó al 3º el 6 de junio de 1973, el primero demandó a la sociedad de hecho y a sus socios, solidariamente, a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen por la justicia las siguientes declaraciones y condenas:

a) que los demandados son civilmente responsables ante el demandante por la pérdida de un vehículo "automotor Marca Dodge, tipo camión, de tres toneladas, Modelo 1971, con placas E-32039, color verde oscuro y carrocería azul clara, motor Nº GT-16316, serial número N-322244", que les fue entregado en depósito remunerado para su custodia, y que, consecuencialmente, "en virtud de la responsabilidad de los demandados, éstos deberán pagar solidariamente" a Restrepo el valor del vehículo extraviado, junto con los perjuicios materiales y morales que ha sufrido y que sufrirá hasta el día en que verifique el pago; y

b) que las costas corren a cargo de los demandados.

2. Fundamenta el demandante las pretensiones mencionadas en los siguientes hechos:

a) los demandados Montes y Sarmiento de Montes tienen constituida una sociedad de hecho denominada "Sarmiento & Montes", cuyo objeto social se reduce a la explotación de servicio situada en la esquina de la calle 70 con la carrera 7ª de esta ciudad y distinguida con el Nº 7-21, "llamada super servicio calle 70, Sarmiento y Montes", según consta en la papelería de esa estación que acompaño a esta demanda, con la cual el demandante, desde hace mas de diez años, tiene celebrado un contrato verbal que consiste "en la prestación del servicio de aparcadero mediante el pago de una suma de dinero... y con el compromiso de cuidar el vehículo que estacionara en sus patios";

b) en desarrollo del mencionado contrato, el demandante entregó a los demandados, por conducto de Jorge López, el camión arriba descrito, el cual fue sustraído de la estación el 25 de abril de 1972, sin que hasta la fecha de la demanda se hubiese recuperado;

c) al demandante "se puso en contacto con los demandados quienes le manifestaron que no debía preocuparse de nada ya que éllos tenían un seguro que los ampa-

raba contra estos riesgos en la compañía Nacional de Seguros, entidad ante la cual estaban adelantando las gestiones tendientes a obtener el pago del vehículo y pidieron a mi poderdante su cooperación. Ante esta solicitud mi poderdante les suministró copias del denuncio y les ofreció poner a su disposición su actividad con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización...''; pero, ante la demora de los demandados, primero personalmente y luego por conducto de apoderado, efectuó reclamaciones escritas, "sin obtener respuesta alguna", razón por la cual entabló la demandada en estudio;

d) el servicio que prestaba el camión sustraído estaba relacionado con la explotación de una hacienda de propiedad del demandante, quien es agricultor y ganadero, por lo que se "ha lesionado gravemente su patrimonio, pues la falta de su vehículo ha ocasionado un descenso de sus ingresos mensuales y además ha tenido que incurrir en gastos para la atención conveniente" de ella;

e) "de acuerdo (dice la demanda en el hecho undécimo) con el artículo 493 del Código de Comercio, cuando la sociedad comercial no es constituida por escritura pública esa sociedad será considerada como sociedad de hecho, la cual, al tenor del artículo 499 del mismo código, no es persona jurídica y las obligaciones que se contraigan para la empresa social se consideran adquiridas a cargo de todos los socios de hecho, quienes además, según el artículo 201 (sic), responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas..".

3. Notificado debidamente a los socios de hecho demandados el auto admisorio de la demanda, dieron a ésta oportuna contestación, negando unos hechos, admitiendo otros, aclarando los restantes y proponiendo la excepción "de fondo" que denominaron "falta o ausencia de legitimación en la causa por parte del demandante, que fundamento en el hecho de estar éste pidiendo para sí como propietario del automotor robado, cuando de los mismos documentos presentados por el demandante se deduce que sobre el mencionado vehículo existía una reserva del dominio en favor de la sociedad 'Roldan Motor Ltda.' ...", así como también las excepciones previas que tituló como "inexistencia de uno de los demandados" e "ineptitud de la demanda", basada la primera en que la sociedad de hecho no es persona jurídica y la segunda en una indebida acumulación de pretensiones, que fueron declaradas no probadas por el **a quo** en providencia que el superior confirmó por medio de la suya calendada el 31 de mayo de 1974, con los siguientes razonamientos:

a). **Inexistencia de uno de los demandados.** "...Por tanto, —dice el Tribunal— no teniendo la sociedad de hecho personería jurídica no tiene capacidad para ser parte en el proceso en forma propia o autónoma. No se puede por ende, demandar en nombre de la sociedad de hecho o demandar a ésta, representada por sus socios. Demandar a la sociedad de hecho o para ella, es lo mismo que demandar a todos los socios de hecho o que éstos demanden en tal calidad. Otra cosa diferente es que cuando actúan por activa o por pasiva deben advertir su calidad de socios de hechos para los efectos legales. ¡En el caso de autos, la demanda se dirigió contra la sociedad comercial Sarmiento & Montes sociedad de hecho domiciliada en la ciudad de Bogotá, solidariamente con sus socios señores Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes, lo cual significa que no siendo persona jurídica la sociedad de hecho ni teniendo capacidad para ser parte, no es que no exista uno de los demandados sino que se utilizó impropiamente esa expresión sin que tal modo terminológico afecte el aspecto jurídico, debido a que fueron demandados todos los socios de hecho y se les llamó a responder en esta calidad y no como simples personas naturales"; lo que quiere decir que hubiera bastado con demandar a los socios de hecho en su calidad de tales, por lo que "la circunstancia de haberse dicho que se demandaba a la sociedad... no afecta en nada la capacidad de los socios para ser partes en el proceso, ni determina que exista inexistencia de uno de los demandados, habida consideración de que la sociedad de hecho como tal no puede ser demandada por no tener personería jurídica".

b) **Ineptitud de la demanda.** Despues de analizar lo dispuesto por el artículo 62 del C. de P. Civil en cuanto a la acumulación

de pretensiones, dice el ad quem que el hecho de que se hubiera demandado la declaración de responsabilidad sin pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, "no es aspecto procesal que se refiera a la acumulación de pretensiones, sino un aspecto sustancial que debe decidirse en la sentencia. En el incidente de excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, solo hay que juzgar si objetivamente resultan cumplidos los requisitos del Art. 82, sin que sea admisible entrar en aspectos que tocan con el fondo mismo de la pretensión, máxime cuando se trata de la interpretación de normas sustanciales como son los Arts. 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.".

4. En escrito presentado por la parte demandada el 3 de febrero de 1973, solicitó que, por haber celebrado la sociedad de hecho Sarmiento & Montes el contrato de seguro que consta en la póliza número 16-100.575,que cite a "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A." para que "se resuelva en la sentencia que le ponga fin al proceso acerca de la relación jurídica existente entre mis poderdantes y la mencionada compañía aseguradora..... de manera tal que si ellos fueren condenados por la sentencia, se declare además, que la citada compañía aseguradora está obligada a reembolsar lo que los demandados paguen en cumplimiento del fallo judicial".

Admitido que fue este llamamiento en garantía, se citó a la sociedad mencionada; la cual, en escrito del 11 de mayo de 1973, manifestó que no estaba obligada a pagar a los demandados suma alguna, por no haber dado éstos cumplimiento a la cláusula séptima del anexo a la póliza arriba mencionada, según el cual es "requisito indispensable para que opere la cobertura sobre el servicio de aparcadero de vehículos, el que el asegurdo haya entregado al dueño del automotor un recibo o contraseña debidamente numerado y fechado; la no existencia de tal recibo o contraseña debidamente numerado excluirá al vehículo de la cobertura" (subaraya el texto).

5. Adelantado debidamente el proceso, producidas las pruebas solicitadas y oídas las partes, el juez del conocimiento falló la primera instancia así:

"PRIMERO. Declarar no probada la excepción de MERITO DE FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA del demandante.

"SEGUNDO. Declarar que los socios de hecho señores Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes son civilmente responsables en forma solidaria ante el demandante señor Eduardo Restrepo Daeghsal por la pérdida del vehículo...

"TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración se condena a los socios de hecho Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes a pagar a Eduardo Restrepo D. el valor del vehículo relacionado en el punto anterior y los perjuicios correspondientes al lucro cesante que se regularán de acuerdo con el Art. 308 del C. de P. Civil y para lo cual se deberá tener en cuenta tanto la prueba pericial como las demás certificaciones expedidas por las firmas vendedoras de vehículos y que obran en autos.

"QUINTO. LLAMAMIENTO EN GARANTIA:

Declarar que entre la parte demandada socios de hecho señores... y la sociedad aseguradora "LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A." existe una relación sustancial proveniente del contrato de seguro que consta en la póliza Nº 15-100.575.

"SEXTO. Que como consecuencia de haber sucedido el riesgo amparado por la póliza, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia y la condena hecha en el ordinal TERCERO de la parte resolutiva, condénase a "LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A" a reembolsar a los asegurados señores socios de hecho... explotadores de la estación de servicio Mobil calle 70 Sarmiento & Montes, el valor comercial del camión de placas E-32039 en cuestión, al tenor de lo acordado en la cláusula XIII del contrato de seguro, con las limitaciones del literal c) de la misma cláusula.

"SEPTIMO. Así mismo se condena a la sociedad llamada en garantía a reembolsar a los demandados anteriormente mencionados los dineros que por concepto de lucro cesante tengan los demandados que cancelar al señor Eduardo Restrepo D. con-

forme a lo dispuesto en el ordinal 3º de la parte resolutiva.

"OCTAVO. Condénase a los demandados y a la compañía llamada en garantía al pago de las costas del proceso por iguales partes".

6. Contra la sentencia anteriormente mencionada, apelaron tanto la parte demandada como la "Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A."; y tramitada la segunda instancia en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste la falló por medio de la suya del 22 de octubre de 1976 en la que revocó la del inferior, negó "todas y cada una de las súplicas de la demanda..." y condenó en las costas de ambas instancias a la parte demandante. La cual, entonces, elevó el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

III

La sentencia impugnada

7. Después de hacer un relato del proceso y de encontrar reunidos los presupuestos procesales, comienza el Tribunal, —siguiendo la doctrina de esta Corporación sobre el particular, que transcribe diciendo que "de acuerdo con lo anterior, las sociedades de hecho se forman de dos formas: a) Porque los socios no quisieron o no pensaron llenar las formas solemnes, es decir, la sociedad surge de los hechos, y b) Porque las formalidades que observaron los socios no resultaron completas de acuerdo con la ley".

Avanzando en el estudio de la sociedad de hecho, afirma que el nuevo Código de Comercio "le da plena validez... y la regula, teniendo como finalidad salvaguardar los derechos de terceros y de los asociados", siendo necesario, cuando se demanda o sea demandada una sociedad de esta clase, demostrar su existencia, "sin que la ley exija prueba solemne o específica al respecto". Esta comprobación requiere la de los elementos axiológicos, como lo son la explotación común para repartirse las ganacias o pérdidas resultantes, el Jus fraternitatis y la afectio societatis.

"Lo anterior significa —dice el fallador— que hay que distinguir las dos formas como se puede llegar a formar la sociedad de hecho: a) Si la sociedad de hecho nace de un contrato, las estipulaciones de éste producen plenos efectos entre los asociados y desde luego la administración de la empresa social será la prevista válidamente en el pacto que le dio origen (Art. 503). En este caso, como la sociedad mercantil de hecho no se constituye por escritura pública, no forma persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados como sucede en las sociedades regulares. Por ésto, en la sociedad de hecho las obligaciones que se contraen y los derechos que se adquieren en desarrollo de las actividades sociales se presumen contraídas o adquiridas a cargo o en favor de todos los asociados (Art. 456). Ningún tercero puede invocar como acción o como excepción que la sociedad es de hecho para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones ni alegar la nulidad del acto constitutivo o de sus reformas (Art. 502); b) Si la sociedad de hecho surge de los hechos de explotación común en plano igualitario entre los socios y con **affectio societatis**, hay que demostrar estos elementos para considerar existente la sociedad".

Aplicando estas premisas el caso **sub lite**, dice el sentenciador que en la demanda se citó a la sociedad de hecho "Sarmiento & Montes", solidariamente con sus dos socios, sin que se hubiere demostrado la existencia de la sociedad, ya que el certificado de la Cámara de Comercio en que consta que dichos socios aparecen matriculados en el registro mercantil y los recibos que obran a los folios 2 a 24 del cuaderno número 1 no constituyen prueba al respecto; "y al no existir la prueba, no hay legitimación en la causa por el aspecto pasivo", debiéndose entonces negar las súplicas de la demanda, porque no se trata de un presupuesto procesal, "cuya ausencia, según la Corte, impide al fallador dictar sentencia de mérito", sino de "una de las condiciones de la acción", cuya falta impone que la sentencia "sea absolutoria, no inhibitoria".

IIII

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

8. Un solo cargo, comprendido dentro de la causal primera del artículo 368 del C.

de P. Civil, se formula contra la sentencia acabada de sintetizar. En él se denuncia violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 498, 499, 501, y 504 del Código de Comercio actualmente vigente; y 1494, 1495, 1502, 1546, 1602, 1603, 1604, 1606, 1608, 1612, 1613, 1614, 1617, 2236, 2237 y 2244 del Código Civil, violaciones estas derivadas de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador en el análisis de las pruebas.

Desenvolviendo el cargo, dice el censor que los errores de hecho hacen relación (I) con la interpretación que de la demanda hizo el fallador; (II) con la falta de apreciación de las confesiones rendidas por los dos socios demandados en los interrogatorios de parte a que fueron sometidos; y (III) con la equivocación cometida al apreciar" la prueba documental que obra a folios 51 y 52 del cuaderno número (1) del expediente, reconocida en diligencia surtida ante el juzgado cuatro (4) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1974) (cuadernos número (1) folio 65 vlto.)". Y agrega que el error de derecho consiste "en la no apreciación de las pruebas documentales que obran a los folios 3 a 24 y 43 a 46 del cuaderno número uno (1) del expediente, todas las cuales demuestran la existencia de una sociedad que a la postre se estableció que no estaba regularmente constituida". Estos errores —continúa el impugnador— condujeron al Tribunal a estructurar su fallo con base en dos consideraciones erróneas: a) "Creer que la parte demandada está constituida por la sociedad comercial de hecho 'Sarmiento & Montes' "; y b) Creer que "la existencia de esa sociedad no se probó".

Refiriéndose concretamente a la primera de las bases mencionadas, dice el casacionista que no se demandó a la sociedad sino a los socios, a fin de que "respondieran de una obligación contraída para la empresa social," de acuerdo con el artículo 499 del C. de Co. Como se alegó solidaridad, continúa, era necesario "plantear y demostrar los elementos que exige la ley..." para que la haya, razón por la cual se demandó también a la sociedad de hecho. Conducta esta que también era indispensable para obtener" además de la declaración de responsabilidad de los socios la aplicación del artículo 504 del Código de Comercio que consagra la prenda tácita de los bienes destinados al desarrollo del objeto social a favor de los acreedores de obligaciones contraídas en interés de la sociedad y tener mejores garantías para el cobro y pago de la condena impetrada ..." En los hechos primero y undécimo —prosigue el impugnador— aparece "explícita la intención de demandar a los socios de hecho y no a la sociedad..."

Y pasando a la segunda de las bases de la sentencia señaladas por el censor, referente a la falta de prueba que anota el Tribunal acerca de la existencia de la sociedad, manifiesta en cuanto al error de hecho.

a) Los demandados Montes y Sarmiento de Montes, socios de élla, dijeron en sus interrogatorios: el primero, que en la papelería de la Estación de Servicios aparece la razón social de "Sarmiento & Montes", porque "trabajo en unión de mi señora"; y la segunda, que es cierto que "tiene una sociedad comercial de hecho" con su marido.

b) El demandado Madero, como representante de "Sarmiento & Montes", dirigió el 18 de julio de 1972 una carta a la "La Nacional, Compañía de Seguros Generales S. A.", en la que la relataba algunos detalles de la pérdida del camión de propiedad del demandante a fin de obtener el pago del siniestro, en la cual usa el plural: "Nos referimos a su carta...", "Adjuntamos fotocopia..."

Y en cuanto al error de derecho dice que la Cámara de Comercio de Bogotá certificó que los demandados Montes Madero y Sarmiento de Montes aparecen matriculados en ella, resaltando que el objeto social de la compañía de que son socios es la explotación de la "Estación de Servicio Mobil Sarmiento & Montes"; en la papelería usada se menciona el nombre de la sociedad tantas veces citada; y esta misma compañía aparece contratando un seguro de responsabilidad civil con 'La Nacional'. "Todos estos documentos, concluye, son suficientes de acuerdo con la ley (Art. 498 C. de Co.) para probar la existencia de una sociedad de hecho y el H. Tribunal desconociendo la norma del artículo 498 del Código de Comercio, no les reconoció su efecto probatorio".

Remata el cargo el casacionista con un análisis pormenorizado de las pruebas allegadas al proceso, relacionándolas con las normas que estima fueron violadas por el Tribunal y que se mencionaron al principio de la censura.

La Corte considera

9. Existen, ciertamente, diferencias sustanciales en cuanto al tratamiento que a las sociedades de hecho daba el Código de Comercio terrestre anterior y al que le da el actualmente en vigencia (Decreto Extraordinario 410 de 1971): el primero, en extremo formalista, partía del supuesto de que la omisión de la escritura de constitución de una sociedad o de las demás formalidades exigidas (registro del extracto notarial del instrumento dentro de determinado lapso, por ejemplo), generaba nulidad absoluta entre los socios, que debía ser declarada judicialmente, con lo cual quedaba reconocida la sociedad de hecho que implicaba la liquidación de las operaciones realizadas; en el segundo, no es necesaria una declaración judicial para que surja la sociedad de hecho, pues lo es por el solo defecto de no constituirse por escritura pública (Art. 498 C. de Co.); las obligaciones que la sociedad contraiga y los derechos que adquiera en desarrollo de sus actividades, que se le permiten, se presumen adquiridas a cargo o a favor de todos los asociados (Art. 466), como jurisprudencialmente lo había establecido la Corte con la legislación anterior. La ley actual, pues, reconoce la sociedad de hecho y reglamenta su actuación, facultando, eso sí, a "cada uno de los asociados para pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad de hecho y que se liquida y pague su participación en ella y los demás asociados estarán obligados a proceder a dicha liquidación" (Art. 505); pero mientras esto no suceda, la sociedad puede seguir operando, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones a favor o a cargo de los socios de hecho (Art. 499). Previendo la inseguridad de las múltiples relaciones que por virtud de la actuación social se originan, estableció el nuevo estatuto comercial la solidaridad ilimitada (Art. 501), de los socios, la cual constituye verdadera garantía para los terceros, facilitándoles de esa manera el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Además, para mayor seguridad de estos terceros, el artículo 31-3 del código que se viene comentando exige la matrícula de los socios de hecho, que no de la sociedad, en el registro mercantil, probándose esta inscripción "con certificados expedidos por la respectiva Cámara" (Art. 30); y "los bienes destinados al desarrollo del objeto social estarán especialmente afectos al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho...." (Art. 504). Sobre estos particulares, así se expresa la exposición de motivos al proyecto que se convirtió en el código en referencia:

"Estas relaciones o situaciones jurídicas creadas en razón de una sociedad de hecho no tienen un estricto sentido de sanción contra los socios, sino que son en gran parte una consecuencia del hecho de que la sociedad formada no llega a ser una persona jurídica distinta de ellos, respecto de la cual se produzcan tales situaciones. Porque la sociedad de hecho no se la concibe ilícita en sí misma, sino que, como tal, es fuente de relaciones jurídicas cuya mejor regulación, para seguridad de los terceros y para facilitar a estos el ejercicio de sus derechos, es la de la solidaridad e ilimitación de la responsabilidad de todos los socios. Por eso precisamente es por lo que, como ya fue dicho, hasta cierto punto se sanciona o permite la formación y funcionamiento de sociedades de hecho con efecto entre los asociados, pero sujetas, frente a terceros, a las responsabilidades indicadas".

10. Existen, de acuerdo con el Código de Comercio tres clases de sociedades: regulares, irregulares (que son las constituidas, estas últimas, por escritura pública y que, requiriendo permiso de funcionamiento, actúan sin él, según lo dispone el Art. 500 del C. de Co.), que se prueban con certificación de la Cámara de Comercio de su domicilio principal (Art. 117 ibídem.), pues su constitución debe hacerse por medio de escritura pública, cuya copia debe registrarse en dicha Cámara (Art. 110 y 111);

las de hecho que, como no se constituye en esa forma, "su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios reconocidos en la ley" (Artículo 498). Como demostración de la existencia de la sociedad de hecho Sarmiento y Montes, cita el casacionista las siguientes pruebas que, según su decir, no fueron apreciadas por el Tribunal, incurriendo en los errores de hecho y de derecho que señala y que se mencionaron en el numeral 8 anterior:

a) La demanda incoativa del proceso, en cuyo hecho primero se dice que "los demandados señores Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes tienen una sociedad de hecho cuya razón social es la de 'SARMIENTO & MONTES' y su objeto la explotación de una estación de Servicio situada en la carrera 7ª Nº 7-21, llamada Superservicio calle 70, Sarmiento & Montes...", que si bien no fue aceptado totalmente en la contestación que se le dio a ella, sí fue luego admitido en los interrogatorios de parte rendidos por los socios demandados.

b) Certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá en los que consta que la sociedad de hecho en referencia, domiciliada en esta ciudad, no está registrada en sus libros; pero que, en cambio, lo están sus socios arriba mencionados, cuyos negocios, según la inscripción, radican en la explotación de "una estación de servicio para automotores" denominada "Estación de Servicio Mobil Sarmiento & Montes". Lo que está indicando que tal registro se hizo en cumplimiento del artículo 31-3 del C. de Co., que ordena que los socios de una sociedad de hecho deben inscribirse en el registro mercantil, lo que no sucede con los socios de compañías regulares e irregulares, las cuales se inscriben directamente (Art. 31-2), disposición que tiene por objeto, ciertamente, que los terceros conozcan a los socios de las sociedades de hecho, que son responsables solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales (Art. 501), ya que ellas se entenderán "adquiridas o contraídas a cargo de todos los socios de hecho" (Art. 499).

c) Recibos mensuales (de 31 de enero de 1971 a 30 de abril de 1972) expedidos por la sociedad de hecho "Sarmiento & Montes" a favor del demandante y presentados por este con su libelo, por razón de pago de los servicios a él prestados por la compañía según el contrato verbal de que habla el hecho segundo de la demanda.

d) Póliza del contrato de seguro celebrado entre "Mobil Calle 70 Sarmiento & Montes" y "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A.", de agosto de 1971, y del anexo sobre condiciones particulares para esa póliza.

Todas estas pruebas, sin embargo, fueron vistas y tenidas en cuenta por el Tribunal, quien no las desechó; pero de ellas no dedujo la existencia de la sociedad de hecho, que consideró era la demandada principal, por cuanto "es indispensable para dar por probada la sociedad de hecho, que aparezca demostrada una serie coordinada de actos de explotación común que se ejerciten para obtener beneficios. Además, debe existir igualdad entre los socios (jus fraternitatis) y ánimo societario (affectio societatis)". Por este aspecto, pues, no se configura el error de hecho.

11. El demandante dirigió su libelo contra la sociedad de hecho "Sarmiento & Montes" y contra sus dos socios, ya conocidos, solidariamente; sin embargo, para llegar al Tribunal concluir que no existía la legitimación en causa de los demandados, que es condición de la pretensión según la doctrina de la Corte, que cita en su apoyo, se basó en que la demandada fue la sociedad y que su existencia no se demostró, por no aparecer probados todos los elementos axiológicos de ella. Nada dijo en cuanto a los dos socios, también demandados, que responden, como se tiene dicho, solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas por aquélla. La demanda debe ser interpretada por el juez cuando ha lugar, necesariamente; y, para ello, han de tenerse en cuenta la causa petendi, el petitum y las normas de derecho invocadas. Pues bien, en los hechos el demandante expresó:

"PRIMERO. Los demandados señores Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes tienen una sociedad de hecho cuya razón social es la de 'SARMIENTO & MONTES' y su objeto la explotación de una estación de Servicio situada en la carrera 7ª Nº 70-21, llamada 'Superservicio Calle 70, Sarmiento y Montes' ".

Es decir, manifestó claramente al actor que los demandados, Montes y Sarmiento de Montes, tenían constituida una sociedad de hecho. De manera que no puede remitirse a duda que la acción se dirigió contra ellos, por obligaciones adquiridas por la sociedad de hecho, como responsables que eran, legalmente, en su calidad de socios, de las obligaciones sociales.

"UNDECIMO. De acuerdo con el artículo 498 del Código de Comercio, cuando la sociedad comercial no es constituida por escritura pública esa sociedad será considerada que como sociedad de hecho, la cual, al tenor del artículo 499 del mismo código, no es persona jurídica y las obligaciones que se contraigan para la empresa social se consideran adquiridas a cargo de todos los socios de hecho, quienes además, según el artículo 201 (ha debido citar el 501) responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas".

Está indicándose por el demandante, nítidamente, que la sociedad de hecho no es persona jurídica, según la ley; entonces, no siendo ella titular de derechos y obligaciones, mal podía ser la demandada. De no adoptarse esta conclusión, se llegaría a una tremenda contradicción, que no cuadra con los principios que, doctrinariamente, se han establecido para la interpretación correcta de una demanda: deben armonizarse todos los hechos, para interpretar el petitum. Y la manera de proceder así, en el presente caso habiendo manifestado el actor que la sociedad de hecho no es persona jurídica y que las obligaciones que ella contraiga que las puede contraer según el artículo 499 del C. de Co. Corren a cargo de los socios, que son los responsables solidarios e ilimitados, quienes como se tiene visto fueron citados como demandados es deducir que contra éstos se dirigió la acción, como socios de una entidad económica que, por carecer de personería jurídica, no podía responder directamente. La conclusión del sentenciador, según la cual "no estando probada la existencia de la parte demandada (la sociedad de hecho) falta la legitimación en la causa en ésta y por ende deben ser negadas las súplicas de la demanda..." es, pues, equivocada y configura el error de hecho alegado por el casacionista.

Por otra parte y para fundamentar aún más la conclusión anterior, deben tenerse en cuenta estas otras dos consideraciones:

a) Como fundamentos de derecho, cita el actor en su demanda los artículos 498 y siguientes del C. de Co., referentes todos a la sociedad de hecho, su formación, su prueba, la responsabilidad de los socios, etc., como se comentó anteriormente.

b) Tratándose de un caso similar o análogo al allí mencionado, puede venir a cuento la siguiente doctrina de la Corte:

"A) Primero que todo y como se ha suscitado una cuestión relativa a la personería de la parte demandada por estar la demanda inicial dirigida contra 'la sucesión del señor Luis Escallón Umaña', importa recordar una vez mas que, **no siendo la sucesión una persona jurídica ni sujeto de derechos y obligaciones, cuando el juicio se promueve contra ella ha de entenderse necesariamente que la acción se dirige contra los herederos del causante respectivo como sucesores de éste y titulares del derecho real que surge de la universalidad jurídica constituida por dicha sucesión.**

"**De aquí que la Corte haya expresado en repetidas ocasiones que demandar a una sucesión, representada por los herederos del 'de cujus', vale tanto como incoar la acción contra dichos herederos directamente, ya que en uno y otro caso son éstos quienes ocupan la posición del extremo pasivo de esa acción y de la relación procesal** (Casación de agosto 17 de 1954 LXXVIII 2145, 328). Por donde se ve que, aunque en este caso particular la demanda se propuso contra la sucesión de Luis Escallón Umaña, la acción debe entenderse incoada contra los herederos de éste por no ser la mortuoria sujeto capaz de comparecer en juicio" (Subrayas del texto). (CIII-CIV, 211).

Tiene razón, pues, el casacionista: el Tribunal cometió error de hecho en la interpretación de la demanda. En consecuencia, su fallo debe casarse.

IV

Sentencia de reemplazo

12. **Presupuestos procesales.** Se encuentran reunidos: el juez es competente por

razón de la cuantía y por el domicilio de los demandados; tanto el demandante como estos últimos son —por lo dicho anteriormente— personas naturales, mayores de edad, representadas en el proceso por apoderados judiciales con derecho de postulación y la demanda reúne los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. Civil. Es cierto que los demandados la objetaron por adolecer del defecto de una indebida acumulación de pretensiones, en los siguientes términos:

"Existe en la demanda una indebida acumulación de pretensiones que resulta de pedir directa e inmediatamente una decisión de responsabilidad en contra de los demandados por la pérdida del vehículo automotor sin antes pedir la resolución o el cumplimiento del contrato que el mismo demandante afirma haber existido.

"En efecto, en la demanda se afirma numerosas veces que los demandados son responsables de la pérdida del automotor porque existía un contrato entre demandante y demandados. Pues bien, conforme al artículo 1545 del C. Civil y al 870 del C. de Comercio, las acciones por responsabilidad derivada de los contratos, civiles o comerciales, depende de que el demandante pida, como antecedente indispensable de la obligación de indemnizar, o la resolución del contrato y la correspondiente indemnización compensatoria, o el cumplimiento del mismo junto con la indemnización por la mora. Pero pedir la indemnización directamente como se ha hecho en la demanda, supone dejar de elegir cuando el ejercicio de la opción es obligatorio, y en consecuencia significa acumular dos supuestos de indemnización señalados en las normas legales, que son excluyentes".

Los preceptos 1546 del C. C. y 870 del C. de Co., conceden, ciertamente, las acciones alternativas de que hablan los demandados; pero como el contrato de depósito sólo genera obligaciones de hacer, la norma aplicable es la del artículo 1610-3 del C. Civil que expresamente permite solicitar la indemnización de perjuicios sin necesidad de ejercitar la acción alternativa de los artículos primeramente citados.

13. Excepción de fondo. Como tal se propuso en la contestación de la demanda la "falta de legitimación en la causa por parte del demandante", haciéndola consistir en que, según el contrato de compra del camión cuya pérdida ocasionó este pleito, el vendedor se reservó el dominio, por lo que el demandante no era su propietario para el tiempo en que se inició; pero, como bien lo dice el a quo pesando los riesgos, en ventas sujetas a reserva del dominio, a partir de la entrega material del bien hecho que no se ha discutido porque está bien demostrado (Art. 952-3 C. de Co.) las acciones que contrarrestan los efectos de esos riesgos le corresponden al comprador, porque el vendedor no pierde su derecho a exigir la acreencia en casos como el presente, careciendo entonces de interés jurídico para demandar.

El pactum reservati domini fue introtroducido a la legislación con efectos jurídicos por medio de la Ley 45 de 1930, que reformó lo que al respecto disponía el artículo 1931 del C. Civil, derogándolo expresamente en su artículo 2º Nada se dijo en aquella norma sobre el contratante que soporta los riesgos, habiendo la Corte establecido, jurisprudencialmente, que corrían a cargo de quien "no había dejado de ser propietario", en caso de que la cosa vendida continuase en poder del vendedor; pero que, en evento contrario, es decir, si el comprador recibía el objeto de la venta con pacto de reserva del dominio, "la responsabilidad por el objeto se medirá de acuerdo con las normas aplicables a la figura que en concreto las partes hayan querido organizar en respaldo de la tenencia otorgada al comprador, o simplemente en conformidad con la noción de culpa leve, según rige en los contratos que interesan a ambas partes, si hubiere silencio al respecto" (XC, 71).

Para zanjar el problema, sujeto a interpretaciones diversas, el código de comercio actualmente vigente consagró en el artículo 952 lo siguiente:

"El vendedor podrá reservarse el dominio de la cosa vendida, mueble o inmueble, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio.

"El comprador sólo adquirirá la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio, cuando éste deba pagarse por instalamentos; pero tendrá derecho al reembolso de la parte pagada, como se dis-

pone en los artículos 948 y 949 en caso de que el vendedor obtenga la restitución de la cosa.

"Los riesgos de ésta pesarán sobre el comprador a partir de su entrega material" (Se subraya).

No prospera, pues, esta excepción.

14. Objeto del proceso. De acuerdo con el petitum, persigue el demandante que los demandados le reconozcan el valor comercial del vehículo sustraído de la Estación de Servicio que explotan en errendamiento o administración y que había aparcado en ella en virtud del contrato de depósito que tenían celebrado; que le indemnicen los perjuicios materiales y morales que ha sufrido como consecuencia de ese hecho; y que corran con las costas del proceso.

a) El contrato de depósito está suficientemente demostrado en el expediente. En efecto, en el hecho segundo, entre otros, afirma la demanda que Eduardo Restrepo D. tenía de tiempo atrás celebrado un contrato "que consistía en la prestación del servicio de aparcadero mediante el pago de una suma de dinero a la estación y con el compromiso de ésta de cuidar el vehículo de mi poderdante que estacionara en sus patios". En el escrito de contestación de la demanda, se dice que Restrepo D. "llevaba vehículos a la estación de servicio y allí se le prestaban los servicios propios de una estación. Pero de que de esto resultara un contrato que impusiera a mis poderdantes la obligación de prestar el servicio de aparcadero, cuidar los vehículos de propiedad del demandante, no es cierto"; es decir, aceptan los demandados que el vehículo del demandante se le prestaron "los servicios propios de una estación", para el caso los de engrase y lavado, como lo demuestra el recibo número 07110, expedido el mismo día del suceso motivante de la reclamación (25 de abril de 1972, fl. 82 C-1), pero niega que los demandados tuvieran la obligación de "prestar el servicio de aparcadero". Y el empleado de los demandados, hijo de éstos además, informó el a quo en la diligencia de inspección judicial que se llevó a efecto en la instancia, juramentadamente y sin observación alguna por parte del representante judicial de los demandados, lo siguiente: "En cuanto a parqueo: en el caso concreto del Dr. RESTREPO existía un convenio, él venía y dejaba sus carros ahí mientras estaba en la ciudad, siendo variable el número de días en un mes; por ejemplo en el mes de marzo de 1972 aparece una partida de $180.00 por servicios de parqueo que eran cargados en la cuenta del Dr. RESTREPO directamente en contabilidad y descargados cuando él pagaba. Mejor dicho era un convenio oral celebrado entre la ESTACION y el Doctor RESTREPO sobre todos los vehículos que en ese entonces tenía. Eso era de tiempo inmemorial, desde 10 ó 15 años que se estaba haciendo en esa forma; cuando yo llegué hace como cinco años ya estaba así." Pero —se dice en vía de mera hipótesis— si tal contrato no se hubiese celebrado, como lo pretenden los demandados, no por ello habría de concluirse que él no existía para el día de la pérdida del camión, pues sobre el particular tiene dicho la Corte:

"V. El pacto de lavamiento (y el de engrase, puede agregarse) de vehículos automotores va unido al de depósito de los mismos, cuando para la prestación del servicio se entregan a quien lo presta, quedando bajo su guarda. Presentándose la combinación de estos dos contratos no es posible confundirlos en uno solo olvidando su coexistencia, ni menos desvirtuar el segundo, porque tal proceder, a mas de desfigurar la verdadera voluntad de los contratantes, conduciría a que la responsabilidad del depositario se esfumase, lo que sería ciertamente inaceptable por lesionar el orden social.

"VI. Conjugando la doctrina deferente a la unión de contratos, a que sintéticamente se aludió atrás, con los requisitos especiales del depósito contractual, no hay duda de que en la convención jurídica acordada el 20 de mayo de 1967 por Manrique Pardo con Ballesteros Sierra, a mas del pacto de arrendamiento de un servicio material a virtud del cual éste se obligó a lavar en su bomba de gasolina el Volkswagen de propiedad de aquél, a cambio del precio que éste le pagaría por tal servicio, se configura también otra situación, que se subsume en los supuestos fácticos que según la ley estructuran el contrato de depósito. De consiguiente, por concurrir en ella todos los requisitos propios de este tipo especial de convención jurídica, corresponde

regir sus efectos por las reglas legales establecidas para ella.

"Si el carro fue conducido por su dueño a la bomba de expendio de gasolina 'Bochica', con el fin de que se le hiciera la limpieza de su motor; sin con la autorización del propietario del establecimiento se colocó el vehículo dentro del espacio territorial donde la empresa se halla situada; y si el director de ésta lo dio por recibido y recibió también las llaves para ponerlo en movimiento, es indudable que en el mismo acto se ajustaron simultáneamente dos contratos: el de depósito y el de arrendamiento de servicios, subordinado éste aquél, pero unidos ambos exteriormente como un solo todo, tal como aparece de la tácita intención de las partes" (CXLII, 103).

En cuanto al contrato de depósito y a sus características, en la misma providencia acabada de citar se expresó:

"IV. El Código Civil Colombiano regula el contrato de depósito que es aquel por el cual una persona confía una cosa corporal a otra que 'se encarga de guardarle y de restituirla en especie' (Arts. 2336 y 2240), a este, que llamada 'depósito propiamente dicho', en otras disposiciones del Título 31 de su Libro 40., agrega el llamado necesario, porque en él, por una fuerza mayor, la elección del depositario no depende de la voluntad del depositante; y, finalmente, regula el secuestro en sus dos especies: convencional y judicial.

"Se caracteriza el contrato de depósito por ser real y unilateral. Puesto que es la guarda de la cosa el móvil que induce a las partes a su celebración, es de la esencia de este contrato el ser real y por tanto, para que se perfeccione, requiere la entrega de la cosa, hecho que se cumple 'de cualquier modo que transfiere la tenencia el depositario' (Arts. 2237 y 2238 del C. C.); y como su perfección sólo es origen de obligaciones para el depositario, salvo el caso previsto en el artículo 2259, adquiere caracter unilateral.

"Sin embargo de que es real, el depósito voluntario no se perfecciona con la sola entrega de la cosa; como contrato que es requiere además el mutuo consentimiento de las partes, porque las obligaciones de depositario no podrían pesar sobre una persona en cuyo inmueble colocado una cosa sin saberlo ella, o contra su voluntad.

"El depósito es en nuestro derecho un contrato ordinario pero no esencialmente gratuito. El artículo 2244 de la obra citada, en su primera parte, se limita a preceptuar que 'el depósito propiamente dicho es gratuito', pero no dice que sea de su esencia o naturaleza su gratuidad. Sin embargo de que en la segunda parte dicha disposición estatuye que si se estipula la remuneración 'el depósito degenera en arrendamiento de servicio', el artículo 2247 ibídem consagra responsabilidad hasta por la culpa leve para el depositario cuando 'se le conceda remuneración' ".

Estando, pues, demostrado: el contrato de depósito celebrado entre demandante y demandados; la pérdida del camión depositado por aquél en predios de éstos; el interés jurídico de Restrepo D. para reclamar el vehículo sustraído, por correr los riesgos a su cargo, se configura la responsabilidad de los demandados Alfonso Montes Madero y Lucrecia Sarmiento de Montes para con él, que es solidaria, por tratarse de socios de una compañía de hecho, según se estudió atrás.

15. **Llamamiento en Garantía.** Lo formuló la parte demandada en virtud del contrato de seguro celebrado con la "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A.", que consta en la póliza número 16-100.575, fechada el 25 de agosto de 1971 y vigente cuando acaeció la sustracción del vehículo a que tantas veces se ha hecho referencia, el cual contrato comprende la responsabilidad de los asegurados por la pérdida de vehículos aparcados en la Estación de Servicio. Este llamamiento fue hecho oportuna y debidamente, habiéndose tramitado conforme a lo dispuesto por el artículo 56 del C. de P. Civil. Notificada la compañía aseguradora, se hizo presente en el proceso; admitió la existencia y vigencia del aludido contrato; pero no aceptó su responsabilidad para con los demandados, sus asegurados, esgrimiendo estas razones:

a) La cláusula VII de las "condiciones particulares" de la póliza dice: "Queda entendido y convenido que es requisito indispensable para que opere la cobertura sobre el servicio de aparcado de vehículos, el que

el asegurado haya entregado al dueño del automotor un recibo o contraseña debidamente numerado y fechado. La no existencia de tal recibo o contraseña debidamente numerado, excluirá al vehículo de la cobertura".

b) En carta del 18 de julio de 1972, los asegurados informaron a la compañía que "no se dio recibo por parqueo por ser un cliente habitual de la estación y por tener tarjeta de crédito".

c) No habiéndose cumplido la condición, desapareció su responsabilidad.

Doctrinas y jurisprudencias aceptan que las cláusulas de los contratos por adhesión, como lo es el de seguro, deben interpretarse a favor del adherente, por estar en condiciones de inferioridad al firmar el convenio; pero también las hay en el sentido contrario, admitiéndose aquella opinión solamente en los casos de interpretación de cláusulas ambiguas, en aplicación del artículo 1624 del C. Civil. Tal es la situación contemplada.

En efecto:

La cláusula VII citada exige, como constancia del contrato de depósito por parqueo de vehículos, un recibo numerado y fechado. Puede interpretarse rectamente que ella hace referencia a los contratos esporádicos no a los periódicos y continuados, porque los primeros deben probarse cada vez que se celebran y los segundos se prueban con el contrato general, y así lo entendieron los asegurados quienes, en la carta ya mencionada del diociocho (18) de julio de 1972, manifestaron a la compañía aseguradora que el demandante Restrepo no le habían expedido recibo de parqueo, "por tratarse de un cliente habitual de la estación". Es decir, estimaron que la cláusula en referencia solamente regía para los contratos esporádicos u ocasionales, no los habituales y permanentes, por los que se expedían recibos, ciertamente, pero mensuales por prevenirlo así el contrato, los cuales se trajeron al proceso junto con la demanda introductoria, abarcando el período comprendido entre el 1º de enero de 1971 hasta el último día de abril de 1972. La compañía, en cambio, interpreta la cláusula como de aplicación a cualquier clase de contrato. Es ambigua, en consecuencia, puesto que "puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones, por consiguiente, motivo de duda", como lo dice la Real Academia de la Lengua. Entonces, habiendo sido ella dictada por la compañía aseguradora, deudora de la obligación de pagar el seguro, debe interpretarse contra ella, es decir, a favor de la posición de los asegurados. En consecuencia, dicha compañía está obligada al reembolso total de los pagos que hagan los demandados como resultado de esta sentencia.

16. Perjuicios. Los materiales están demostrados. No así los morales. Aquéllos comprenden el daño emergente y el lucro cesante y deben avaluarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P. Civil, pues, como lo dice el a quo, el experticio practicado en la instancia no obedece a un estudio serio y documentado, aunque contenga datos que puedan ser utilizados en la liquidación de la condena en abstracto.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y de que se ha hecho mérito, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

1. Confirmar, como en efecto confirma, la sentencia dictada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá el 17 de mayo de 1976.

2. Costas de la segunda instancia a cargo de los demandados y de la compañía llamada en garantía, por partes iguales.

3. Sin costas en el recurso de casación.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

MANDATO

Llamamiento en garantía

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda).

Procédese a fallar el recurso de casación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 17 de febrero último por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este proceso ordinario promovido por Antonio Blanco frente a Jules Garzón Albarracín.

I

El litigio

1. En demanda repartida al Juzgado 1º Civil del Circuito de Villavicencio el 5 de junio de 1975, el primero solicitó que, con citación del segundo y previos los trámites propios del proceso ordinario, se la condenase a restituir al demandante la cantidad de $355.000.00 más lo intereses "a la rata del 3% mensual, que es la acostumbrada en esta plaza para las obligaciones ordinarias en mora de ser canceladas", así como también al pago de los perjuicios correspondientes "por la no entrega oportuna de los ganados, ni la restitución del dinero entregado para el cumplimiento no realizado del mandato", y el de las costas del proceso.

2. Las pretensiones anteriores se desprenden de los fundamentos de hecho que se sintetizan a continuación:

El demandante estaba muy interesado, en el año de 1973, en adquirir la totalidad de la "cosecha" de ganado del hato "El Porvenir", de propiedad de Carlos Felipe Andrade, ubicado en la Comisaría del Vichada; pero, en virtud de antiguas diferencias habidas entre los dos, encomendó al demandado, amigo personal de Andrade, la celebración del negocio, autorizándolo para comprar novillos cruzados de cebú mayores de dos años y medio a razón de $2.500.00 cada uno, y criollos, también de la misma edad, a $2.100.00 por cabeza, para lo cual le entregó la cantidad arriba mencionada, que invertiría así: $250.000.00 que pagaría a buena cuenta del contrato, al citado Andrade; y $105.000.00 para cubrir los gastos de transporte, manutención y salarios de los trabajadores que hubiere necesidad de contratar a fin de trasladar los ganados a los potreros de engorde del Departamento del Meta, contrato que el demandado no cumplió por circunstancias que atribuye a Andrade y "que deben esclarecerse en este proceso", no habiéndole reintegrado, por otra parte, las sumas que para su cumplimiento le suministró.

3. Admitida que fue la anterior demanda, se le notificó a Garzón el auto correspondiente; quien la contestó aceptando sin modificación ni contradicción algunas todos los hechos, pero manifestando que "las consecuencias jurídicas de ellos no deben radicarse en cabeza de JULES GARZON ALBARRACIN por cuanto los resultados del incumplimiento solo son atribuibles al señor CARLOS FELIPE ANDRADE, presunto vendedor del ganado, quien fue la persona que con su conducta dio origen a los perjuicios de que trata la demanda que contesto". Por tal motivo, y después de relatar que celebró con Andrade un contrato de compraventa de ganados de su hacienda "El Porvenir", de determinadas especificaciones y que éste se lo incumplió después de haber recibido, a buena cuenta de

él, la cantidad de $250.000.00, lo llamó en garantía en escrito oportunamente presentado, que fue admitido por el a quo, notificado a Andrade y contestando por éste en el sentido de oponerse, por cuanto él no tenía ninguna obligación de responder por las resultas de un pleito en el que era absolutamente extraño.

4. Rituado normalmente el proceso y después de practicarse la mayor parte de las pruebas solicitadas por las partes, el Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante sentencia proferida el 18 de agosto de 1976, en la que dispuso:

"1º No hay lugar a declaratoria de excepción alguna.

"2º Condenar al demandado JULES GARZON ALBARRACIN a pagar en favor de ANTONIO BLANCO, la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS ($355.000.00) M/cte.

"3º Condenar al demandado JULES GARZON ALBARRACIN a pagar en favor de Antonio Blanco los perjuicios causados por la no devolución del dinero recibido, perjuicios que deberán liquidarse conforme al Art. 308 del C. de P. Civil.

"4º Absolver al demandado de las demás peticiones.

"5º Costas del proceso a cargo del demandado.

"6º Absolver al señor Carlos Felipe Andrade Dussán de las peticiones formuladas en el escrito de llamamiento en garantía.

"7º Costas del llamamiento en garantía a cargo del demandado".

Providencia esta que fue apelada tanto por el demandante como por la parte perdidosa: habiéndose mostrado activo, en la segunda instancia, únicamente aquél. El ad quem, mediante la sentencia atrás mencionada, la confirmó y condenó en costas a los dos apelantes.

III

La sentencia impugnada

5. Después de historiar ampliamente el proceso, haciendo notar que, tanto el apoderado de la parte demandante como el de la demandada informan al juez, en sus respectivos escritos, que las notificaciones pueden hacérseles en "su oficina número 702 del edificio de la benificencia", rechaza el ad quem el recurso en lo que hace a la parte demandante, a quien favoreció totalmente la sentenciea del inferior y, por tanto, el "interés jurídico para interponerlo no aparece por parte alguna".

Entra luego el fallador al estudio del llamamiento en garantía, que es la única parte de la sentencia recurrida en la que no están de acuerdo ni Blanco ni Garzón, ambos apelantes, analizando este fenómeno jurídico por distintos aspectos. Dice que las intervenciones de terceros en el proceso pueden ser voluntarias o coactivas, subdiviéndose estas últimas en intervenciones con causa común y del garante, siendo éstas las debatidas en el pleito, enseñando la doctrina sobre ellas que "la parte propone, frente al hasta ese momento tercero llamado al proceso, una demanda mediante la cual hace valer una acción de repetición contra el garante. En este tipo de intervención, dada su finalidad, la demanda que se promueve contra el llamado en garantía está condicionada a que sea acogida la pretensión del actor contra el garantizado".

Prosiguiendo en el análisis del fenómeno jurídico estudiado, y aceptando las doctrinas de Chiovenda sobre el particular, quien partiendo de la base —dice— de que la institución "se ha consagrado en homenaje al principio de la economía de los juicios y a la conveniencia de decidir de una sola vez y de una sola manera los puntos que son comunes a la acción principal y a la acción de regresión", afirma que el llamamiento en garantía es de dos categorías, a saber: el simple y el formal, dándose el primero "en caso de que el llamante o garantizado se encuentra en el pleito por una obligación hacia su adversario, a la cual corresponde una acción de revalimiento del llamado hacia él", como en el evento del fiador demandado que llama al principal, o como "el patrono demandado para el resarcimiento de los daños causados por el dependiente que llama a éste en garantía"; y ocurriendo el segundo, el formal, "en los casos en que el llamante se encuentra en el pleito como titular de un derecho que le ha sido transmitido por el llamado y que le es discutido por el adversario. El caso típico y más frecuente es el del comprador que llama al vendedor en el juicio

referente a la propiedad de la cosa comprada".

6. Anota el sentenciador a continuación que el a quo está en lo cierto si se tienen en cuenta estos razonamientos:

a) No se trata, dice, de un llamamiento en garantía formal, por cuanto el llamante no se encuentra disputando un derecho que le hubiera transmitido el llamado; ni menos de un llamamiento simple, ya que al llamante "no corresponde una acción de indemnidad, excusión o revalimiento contra el tercero". Y agrega: "es curioso anotar que el demandante se ha cuidado de señalar, no obstante la extensión de sus intervenciones tanto orales como escritas y pesar de que desde el punto de vista de la actividad procesal he venido desplazando al demandado llamante con olvido de que él debe ser extraño a relaciones entre demandado y garante, la norma positiva que le concede a Garzón el derecho de repetir contra Andrade por lo que debe pagarle al actor, porque la cita que hace del Art. 1613 es completamente impertinente como de su simple lectura se deduce".

b) Tanto las partes como el a quo se detuvieron, en orden a definir la procedencia del llamamiento en garantía —sigue diciendo el Tribunal— en el análisis del contrato de mandato celebrado entre Blanco y Garzón, sosteniendo aquéllas, para concluir en que sí era viable el llamamiento, que tal mandato era ostensible; y manifestando éste, a fin de llegar a tesis contraria, que era oculto. Sin embargo, para el fallador estas disquisiciones son irrelevantes "a los fines del litigio, porque una cosa es que el mandato solo produzca efectos entre mandatario y tercero si es oculto, y entre tercero y mandante si es ostensible, y otra muy distinta que en cualesquiera de estas hipótesis, o en una de ellas, hubiera nacido para Andrade una obligación de garantía. Es claro, y así aparece reconocido en la sentencia revisada, que el mandatario puede ventilar por la vía ordinaria los conflictos de intereses que tiene o llegue a tener con Andrade, pero no mediante la institución del llamamiento en garantía porque ya hemos visto cuales son los requisitos sustanciales para su procedibilidad.

"Ahora, si como lo sostiene el demandante, las gestiones adelantadas por su demandado se hicieron en desarrollo de un mandato ostensible, se le escapan a la Sala las razones del actor para no demandar directamente al señor Andrade, sabido como se debe tener que en virtud del principio de la representación, propio del contrato de mandato, los actos ejecutados por el mandatario dentro de los límites de sus poderes producen sus efectos, tanto desde el punto de vista activo como desde el punto pasivo, en la persona y patrimonio del mandante. Tanto los créditos como las obligaciones contraídas pasan a través del mandatario para radicarse en cabeza del mandante. De haberse procedido en armonía con estas directivas, y el mandante hubiera demandado el tercero para que cumpliera lo convenido con el mandatario, o indemnizara los perjuicios por su incumplimiento si ese fuera el evento, sí habría sido atendible la intervención ad adiuvandum de Garzón cuyo interés en la efectividad de los derechos adquiridos por Blanco por su intermedio aparecería evidente".

c) Pero es que —remata el fallador— "todavía obra una razón adicional y definitiva para desestimar la pretensión revérsica del demandado, y es que fue mal propuesta. Evidentemente, la petición de la demanda incoada por el supuesto garantido no podía ser otra que la de pedir condena contra el tercero para que le reembolsara lo que por la misma sentencia quedaría él obligado a pagar al demandante, pero no la que formuló el apoderado de Garzón para que se hicieran contra Andrade y a favor de Blanco las mismas declaraciones que se reclamaban del demandado. En otras palabras, la citación en garantía debió hacerse para que Andrade reembolsara a Garzón y no a Blanco, porque el garantido es el demandado y no el demandante. Por otra parte, téngase en cuenta que no existe equivalencia entre las sumas recibidas por Garzón y por Andrade, pues al paso que al primero se le entregó lo que la sentencia le ordena restituir, la cantidad de trescientos cincuenta y cinco mil pesos ($355.000.00), al segundo sólo se le anticiparon doscientos cincuenta mil pesos ($250.000.00) a buena cuenta del negocio, siendo la diferencia entre las dos partidas de ciento cinco mil pesos ($105.000.00) que Blanco le entregó a Garzón para

atender a los gastos de movilización del ganado y que éste habilidosamente también pretende obtener de Andrade".

7º Termina el Tribunal su trabajo así: "El erróneo entendimiento de la preceptiva que norma la institución del llamamiento en garantía, que de origen germano llegó a la nueva legislación procesal colombiana, pudo haber sido lo que llevó al actor y al demandado a asumir conductas y posiciones, como el allanamiento del demandado a todas las pretensiones del actor, que han despertado en el ánimo del señor apoderado del tercero la sospecha de estar en presencia de una confabulación contra los intereses que representa. Con el fin de que esa delicada cuestión se dilucide, habrá de ordenarse la expedición de copia de lo conducente para que la jurisdicción disciplinaria califique con la autoridad que le concede la ley la conducta de los abogados que han intervenido como apoderados de las partes originarias".

IIII

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

8º Tres cargos, todos dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del C. de P. Civil, dirígense contra la sentencia acabada de resumir, que la Corte engavilla por adolecer todos ellos de defectos de técnica que los hacen necesariamente imprósperos, a saber:

Primer cargo

Hácese consistir en violación indirecta por falta de aplicación, de los artículos 1882 y 1884 del C. Civil, debida al error de hecho cometido por el Tribunal al no apreciar estas pruebas, que obran en el proceso: a) el contrato de compraventa de ganados celebrado entre Garzón y Andrade, que si el fallador lo hubiese tenido en cuenta habría deducido que la "acción revérsica exigida por el llamamiento en garantía" sí se presentaba, por lo que ha debido admitir tal llamamiento ; b) las declaraciones de Víctor Camejo y Luis Alberto Prada, de las que se desprende que el llamado en garantía, Andrade, incumplió el contrato de compraventa de ganados mencionado, por lo que a su cargo corre, de acuerdo con el artículo 1882 del C. C., la indemnización de perjuicios demandada por Blanco a Garzón, los que deben serle abonados a aquél por parte de Andrade como incumplido; y c) ignorar el pago de los cheques números 462070 y 462071, por un total de $250.000.oo, girados por Garzón a favor de Andrade y por éste cobrados. "Precisamente el llamamiento en garantía pretende el reintegro de este dinero mas sus intereses y el pago de perjuicios que deberían ser regulados en proceso posterior de acuerdo a (sic) la formulación de la demanda principal. No ordenar el reintegro de ese dinero es permitir un enriquecimiento sin causa en el señor Carlos Felipe Andrade".

Segundo cargo

Formúlase por violación directa y por falta de aplicación de los artículos 1882 y 1884 del C. C., debida a que el Tribunal no encontró razón para que el llamante en garantía tuviera acción de "indemnidad", excución o revalimiento" contra el llamado.

Fundamentándolo, dice el casacionista que el aludido artículo 1882, que transcribe, establece que el vendedor incumplido, bien sea que el comprador persevere en el contrato o que desista de él, debe indemnizarle los perjuicios que le hubiere causado con su incumplimiento. Ahora bien, continúa:

a) El contrato de compraventa de ganados, celebrado entre Garzón y Andrade, que se llevó al expediente, demuestra que aquél estaba cumpliendo con sus obligaciones de comprador, por cuanto entregó a Andrade, según allí consta, la cantidad de $250.000.00 como parte del precio total convenido.

b) También está demostrado en el proceso que Andrade, por su parte, no cumplió con las suyas, por cuanto no entregó los ganados vendidos.

c) Finalmente, las pocas cabezas de ganado "presentadas" por el vendedor Andra-

de al comprador Garzón, según también aparece comprobado en el expediente, "no correspondían a las calidades que para ellas se señalaban en el contrato".

De manera —concluye— que el Tribunal, en vista de la situación descrita y comprobada, ha debido aplicar el artículo 1882 del C. C., y condenar al vendedor Andrade a reconocerle perjuicios al comprador demandado en el proceso, caso en el cual, por tratarse de que Garzón actuó como mandatario de Blanco, el demandante, en él se radicó finalmente tal indemnización, "por ser a nombre de éste (el mandante) que se ejecute el contrato".

Tercer cargo

También se acusa aquí la sentencia por violación directa de los artículos 57 del C. de P. Civil y 1882 y 1884 del C. Civil, por errónea interpretación.

Ampliándolo, dice el censor que la primera de las normas citadas —que es sustancial a pesar de estar contenida en el Código de Procedimiento Civil "por referirse a un derecho de indemnización que pretendiéndose del demandado debe radicarse para su cumplimiento en un tercero que es el llamado en garantía"— ordena que "Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá "pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

Ahora bien, continúa: como el vendedor incumplido "está obligado a resarcir los perjuicios que se derivan de su incumplimiento", según se demostró "al estudiar las anteriores causales para formular los cargos de casación", los artículos 1882 y 1884 del C. C. son los que dan derecho al llamante en garantía para exigir de un tercero, o sea de Andrade, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir.

Se considera

9º a) Cuando una situación está gobernada por varias normas, en casación deben atacarse todas ellas, como lo tiene dicho la doctrina; si así no procediere el censor, no se configura en el cargo la proposición jurídica completa, caso en el cual resulta vano.

Ninguna de las tres censuras atrás sintetizadas contiene tal proposición, ya que tan solo se mencionan como violados los artículos 1882 y 1884 del C. Civil, dejándose de citar las otras normas pertinentes del contrato de compraventa, fueron mencionados los preceptos atinentes a la indemnización de perjuicios, sobre lo que tanto se recalca en ellos.

Por orta parte, nótese que no está demostrado, ni el censor hace referencia alguna a este aspecto, que el comprador "ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro del contrato", lo que ha debido hacerse ya que, desde su notificación, el vendedor alegó que no había entregado la totalidad de los novillos vendidos, que superaban en mucho la cantidad de $250.000.00, por cuanto el comprador no le suministró el dinero correspondiente, como se estipuló en el contrato. Este hecho está aceptado por Garzón, pues él mismo dice que dicha suma la facilitó "a buena cuenta del precio total", sin manifestar que estaba dispuesto a solucionarlo en su integridad. De manera que, a mas del defecto de técnica anotado, que hace vanas las tres impugnaciones, no se dan los presupuestos del artículo 1882 del C. C., tan citado en ellas.

b) En tres estribos, todos válidos, se asienta la sentencia acusada para concluir que los presupuestos del llamamiento en garantía no se daban en el caso analizado, los cuales se dejaron expuestos en las letras a), b) y c) del numeral 5 anterior. El censor se refiere, aunque muy deficientemente, a uno solo de ellos, el mencionado en la lerta a) citada, que hace referencia a que el llamante no tenía acción "indemnidad, excusión o revalimiento", como aparece en el cargo segundo de su demanda, al destacar allí que, habiendo el vendedor incumplido su obligación de entregar los ganados negociados, debía indemnizarle los perjuicios consiguientes conforme al mandato del artículo 1882, tantas veces aludido. En ninguna parte de su demanda atacó los otros dos, o sean los expuestos en las letras b) y c) citadas. En caso tal la sentencia impugnada, por la presunción de

acierto que la acompaña, ha de permanecer incólume. Así lo viene sosteniendo la Corte de tiempo atrás, sin vacilación alguna, en sentencias que ya son muchedumbre.

c) En cuanto al cargo primero, a mas de lo dicho en las dos letras anteriores, nótese que el sentenciador sí vio las pruebas que el censor afirma que pasó por alto. En efecto, son palabras de la sentencia acusada las siguientes:

"Tanto en la demanda principal como con el escrito de llamamiento en Garantía y en el de oposición al mismo se acompañó abundante prueba documental y se pidió la práctica de otras encaminadas a reforzar la posición procesal asumida por cada uno de los sujetos que han intervenido en el proceso como partes. Entre la prueba documental debe destacarse, por orden cronológico, el contentivo del contrato de venta de ganado celebrado entre Garzón y Andrade que se suscribió en Villavicencio el 9 de marzo de 1973, y el acordado entre el últimamente nombrado y el demandante Antonio Blanco en el que se vierte el encargo que éste alega le hizo al demandado para intervenir en su nombre en el negocio inicialmente convenido por él con Andrade".

Más adelante agrega el sentenciador:

"Por su parte el apoderado del tercero, con fundamento en la prueba documental que obra en autos, asegura que el apoderamiento de Garzón fue posterior al negocio con su cliente y que el documento poder se elaboró con el solo propósito de comprometer a Andrade en el litigio".

No existe, pues, el error de hecho alegado, ya que "exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el sentenciador por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba" (Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de agosto de 1975, no publicada aún).

d) Por lo que hace a los cargos 2º y 3º añádese a lo dicho atrás que, habiéndose formulado por la vía directa, vienen equivocadamente concebidos. En esta vía la cuestión probatoria no juega; en ella la violación de la norma sustancial se da cuando éste se infringe derechamente, sin consideración alguna a las pruebas de los hechos, por cuanto el quebranto de los preceptos sustanciales se debe a errores sobre su existencia, validez y alcance que transcienden a la parte resolutiva del fallo. "La violación —tiénese dicho— de la norma sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por consiguiente, no existe reparo que oponer contra los resultados que el campo de la cuestión fáctica hubiese encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba" (CXLVI, 60).

El cargo segundo se hace depender de que en el expediente está demostrado que Garzón cumplió con sus obligaciones de comprador, deduciéndose esto con el contrato de compraventa de ganados llevado a los autos; que Andrade no cumplió con las suyas de vendedor, ya que se comprobó que no entregó los novillos convenidos; y que los "presentados" por Andrade, como también aparece demostrado en el expediente, no llenaban las condiciones establecidas en el respectivo contrato. La censura tercera parte de la base de que se demostró en el expediente el incumplimiento del vendedor "al estudiar las anteriores causales para formular los cargos de casación". Es decir, ambos hacen referencia a la cuestión probatoria, pese a que se proponen por la vía directa.

Por todo lo expuesto, dedúcese rectamente que los cargos estudiados mal pueden prosperar.

10. Pero es que, aunque lo anterior no fuese así, al sostenimiento de la sentencia

acusada habría de llegar la Corte teniendo en cuenta:

a) que, como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérese que la halla; es decir, que exista un afianzamiento que asegura y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía de la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia", según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil.

b) que el llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, "cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos". En uno y otro caso precísase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia".

Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 C. C.,); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibídem) el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem); Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguro;

c) que en el caso de este proceso no cabe el llamamiento en garantía, porque el llamado, ni por ley ni por contrato, está obligado a garantizar al llamante por los mismos perjuicios a que fuere condenado por el incumplimiento de su contrato con Blanco, pues en él es tercero sin conexión alguna, porque ni es transmitente del mismo (no se trata de una delegación del mandato), ni participante, ya que no figuró como cocontratante; y porque, si en realidad, como vendedor incumplido, estuviere obligado a reconocerle perjuicios al comprador, que a sí mismo se titula cumplido, ello requeriría que separadamente se adelantase el proceso correspondiente y que en él se probasen los presupuestos legales de esa indemnización, fijándose su monto, lo que mal puede llevarse a cabo por el camino del llamamiento en garantía, que exija, como se vio, obligación preestablecida, bien en la ley o bien en el contrato, de indemnizar al llamante por las resultas perjudiciales de la sentencia. Además, porque según el tan citado artículo 57 del estatuto de procedimiento civil, en el proceso en donde se produce el llamamiento en garantía, se "resuelve sobre tal relación"; es decir, sobre el "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegara a sufrir (el llamante), o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia", y nada mas; nunca sobre las resultas de una situación distinta, como la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato diferente al que motivó la demanda principal, celebrado con el demandado, que no es derivación de aquél; y

d) que la indemnización del perjuicio o el reembolso se debe efectuar por el llamado al demandado llamante, nunca al demandante, pues se trata de dos relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas: la del demandante contra el demandado, en procura de que éste sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida; y la del demandado contra el llamado en garantía a fin de que éste lo indemnice o le reembolse el monto de la condena que sufriere. Necesítase, pues, que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió

contra él, y que el llamado esté obligado por ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que previamente, haya contratado tal resarcimiento.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 17 de febrero del presente año.

Costas a cargo de la parte recurrente en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Congruencia. Error en la interpretación de la demanda. Accesión

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 26 de mayo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por BERTO CIRO CAMACHO VARELA y otro frente a la sociedad "JORGE SIMPSON & CIA. LTDA." y otro.

I

Antecedentes

Tomados del acervo probatorio practicado, por su trascendencia en el presente litigio merecen relievarse los siguientes hechos:

1º Mediante Escritura pública Nº 2940 de 26 de julio de 1965, otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá y debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad, Pedro Emilio Gómez Ortiz transfirió a favor de la entidad "Jorge Simpson & Cía. Ltda.", a título de venta y por el precio de $ 155. 000.00, el derecho de dominio sobre el lote de terreno de 10.000 varas cuadradas, ubicado en el área urbana de Bogotá, junto con la casa que hay edificada en él, inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, en doscientas varas (200 Vs), con propiedad que es o fue de Eduardo Cuevas y de Tulia de Cagua; por el Sur, en doscientas varas (200 Vs), con propiedad que fue de David Salgado Gómez, hoy de D. y E. Puyana; por el Oriente, en cincuenta varas (50Vs), camellón de por medio, con propiedad de herederos de Elías Bernal, hoy carrera sesenta y seis A (66-A); y por el Occidente, en cincuenta varas (50Vs), con propiedad que fue de David Salgado Gómez, hoy de Ramón Galvis y Héctor Calderón".

Por cuanto la sociedad compradora quedó debiendo al vendedor, como parte del precio, la suma de $55.000.00, para garantizar su pago aquélla constituyó a favor de éste, mediante la misma escritura y con el plazo de dos años, hipoteca de primer grado sobre el mismo inmueble, comprometiéndose además a reconocerle intereses a la rata del uno y medio por ciento mensual.

2º Mediante documento privado suscrito en Bogotá el 15 de diciembre de 1967, la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Ltda." dio en arrendamiento a María Antonia Molina Pineda y a Jorge Eliécer Rodríguez, por el término de 6 meses y por un canon mensual de $200.00, el lote de terreno atrás especificado, incluyendo la "casa en ladrillo, teja de barro y tres habitaciones" construidas en él.

Por la cláusula 6ª de dicho pacto, estipularon los contratantes que los arrendatarios no podrían hacer en el inmueble "obra ni mejora alguna sin autorización expresa y por escrito del arrendador y si la hicieren, sin llenar este requisito, quedarán de hecho de propiedad del arrendador y los arrendatarios no podrán retirarlas ni exigir al arrendador reembolso o indemnización alguna".

3º En demanda de 24 de octubre de 1967, repartida al Juzgado Diez y Seis Civil del Circuito de Bogotá, el sobredicho Gómez Ortiz, como acreedor hipotecario, deman-

dó ejecutivamente a la entidad "Jorge Simpson & Cía Ltda." a efecto de que con su citación se decretara judicialmente la venta en pública subasta del inmueble atrás alindado, para que con el producido se le pagase el crédito que, como parte del precio de la venta atrás referida, debía la compradora, junto con los intereses causados.

La primera parte del proceso a que dio lugar dicha demanda terminó con la sentencia de 2 de marzo de 1968, mediante la cual el Juzgado de esa causa acogió favorablemente las súplicas formuladas por el acreedor hipotecario.

4º En este estado el proceso hipotecario, a instancia del demandante se decretó el secuestro del inmueble ordenado subastar, diligencia que se realizó el 19 de noviembre de 1970, con el siguiente resultado:

a) en el momento de practicarse el secuestro se presentó María Antonia de Rodríguez, quien manifestó a los funcionarios que realizaban la diligencia: "Yo soy arrendataria del Doctor Jorge Simpson, tengo en tal calidad el lote y la casita";

b) ante tal circunstancia se practicó el depósito judicial simbólicamente, pues el secuestre designado Carlos A. Bonilla R., con la aquiescencia del juez, expresó a este dejar desde ese momento "en arrendamiento a la señora "María Antonia de Rodríguez el inmueble que me ha sido entregado, con un canon mensual de arrendamiento de $200.00, por un término prorrogable de 6 meses siempre que renuncie en el acto de esta diligencia a los requerimientos públicos y privados de la ley para dar por terminado el contrato, una vez el juzgado me exija la entrega del mismo; con posterioridad a este acto traeré el respectivo documento para que me sea firmado por la señora de Rodríguez";

c) requerida ésta para que expresara si aceptaba o no las condiciones propuestas por el depositario judicial, manifestó que "acepta tales condiciones y no se opone a las cosas ajenas"; y

d) en este estado el juzgado advirtió a la arrendataria que en adelante debería entenderse "para todos los efectos del contrato de arrendamiento, con el secuestre".

5º Prosiguiendo el trámite del proceso hipotecario y en cumplimiento de la sentencia que así lo ordenó, se practicó el 5 de junio de 1972 la subasta del inmueble, diligencia en la cual se adjudicó, como a mejor postor y por la suma de $300.500.00, a William Simpson Camargo.

Este remate fue aprobado por auto de 3 de agosto siguiente, providencia en la cual se dispuso, además de la cancelación del gravamen hipotecario y del levantamiento del embargo y del secuestro, que el secuestre "hiciera entrega del inmueble subastado al rematante".

6º Así las cosas, y como el depositario judicial no pudo cumplir la ordenación impartida, el juzgado procedió a hacer la diligencia de entrega, en la cual se presentaron las siguientes incidencias:

a) el 25 de octubre de 1972, en la iniciación de ella, se encontró en el inmueble a Jorge E. Rodríguez quien manifestó oponerse a que el bien se entregara al rematador William Simpson Camargo, porque, dijo el opositor, él tenía en el inmueble "algunas mejoras hechas por nuestra cuenta con el señor Ciro Camacho".

Como esta oposición fue rechazada, el juzgado dispuso "la desocupación inmediata del inmueble"; entonces, a solicitud del citado Rodríguez, el Juez le concedió el plazo de 15 días para "hacer entrega totalmente desocupado del inmueble";

b) el 8 de nov. siguiente, continuándose con la citada diligencia, se opuso a la entrega María Antonia Molina Pineda alegando ser "arrendataria del señor Carlos Bonilla R.", de quien dijo haber recibido el predio desde el 21 de noviembre de 1970. Al efecto adujo el documento contentivo del contrato de arrendamiento celebrado por ellos en esa fecha, por un término de 12 meses y por un canon mensual de $200. 00, en el cual se estipuló que la arrendataria no podría hacer "obra ni mejora alguna sin autorización expresa y por escrito del arrendador, y si las hiciere, sin llenar este requisito, quedarán de hecho de propiedad del arrendador..."

El Juzgado, luego de haber comprobado que los nombres de María Antonio Molina Pineda y María Antonia de Rodríguez correspondían a la misma persona, rechazó tal oposición, decisión que fue impugnada por dicha opositora;

c) en la sesión de la misma diligencia efectuada el 3 de febrero de 1973, ocurrieron las siguientes incidencias:

1. El Juzgado denegó los recursos de reposición y apelación interpuestos por la citada Molina Pineda en la sesión anterior;

2. Se presentó luego Enrique Ramírez Rojas y se opuso a que se hiciera la entrega al rematador, alegando tener derecho de retención sobre las mejoras existentes en el bien por ser secuestre de ellas dentro del proceso ejecutivo que adelantaba María del Carmen Molina de Cárdenas contra Jorge E. Rodríguez y Berto Ciro Camacho.

Al efecto adujo el documento contentivo del contrato celebrado el 7 de noviembre del año anterior, mediante el cual éstos expresaron haber tomado en arrendamiento a aquél "unas mejoras situadas en la carrera 66A de esta ciudad", por el plazo de 12 meses y con un canon mensual de $500. 00, comprometiéndose a no hacer "obra ni mejora alguna sin autorización expresa y por escrito del arrendador y si la hicieren, sin llenar este requisito, quedarán de hecho de propiedad del arrendador y los arrendatarios no podrán retirarlas ni exigir al arrendador reembolso o indemnización alguna".

A intento de justificar su intervención, manifestó este opositor que si sus arrendatarios "no ejercieron el derecho de retención oportunamente, este derecho lo puede ejercer el secuestre en defensa del acreedor o acreedores" de quienes fueron ejecutados en el proceso en que se practicó el depósito judicial;

3. A continuación se presentó Berto Ciro Camacho, quien, expresando ser arrendatario conjuntamente con Jorge Eliécer Rodríguez del inmueble, por contrato celebrado con quien era secuestre de él dentro del proceso ordinario de éstos contra Jorge Simpson & Cía. Ltda., se opuso también a la entrega decretada.

En respaldo de su oposición adujo el documento contentivo del arrendamiento ajustado el 1º de diciembre de 1972 entre María Isabel Wilches, como arrendadora en su calidad de secuestre en dicho proceso, y los mentados Camacho y Rodríguez, por un precio mensual de $1.200.00 y "por la duración del proceso ordinario en que se secuestró", el "parqueadero" ubicado en la carrera 66A Nº 63-03 de Bogotá, inmueble comprendido dentro de los mismos linderos a que se ha hecho repetida alusión en esta providencia; y

4. Tampoco prosperó ninguna de estas dos oposiciones, es decir, las formuladas por Ramírez Rojas y Camacho Varela, pues en esa diligencia el Juzgado que la estaba practicando las rechazó.

III

El litigio

1. Mediante escrito de 7 de noviembre de 1972 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, los citados Berto Ciro Camacho Varela y Jorge Eliécer Rodríguez Rodríguez, demandaron a la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Ltda.", representada por su gerente Jorge Simpson Camargo, y a William Simpson Camargo, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) que los demandantes, a expensas suyas y a ciencia y paciencia de los demandados, construyeron el "parqueadero Roca... y las mejoras actualmente existentes en el lote de terreno" número 66-03 de la carrera 66-A de Bogotá, zona de Engativá, inmueble comprendido dentro de los especiales linderos que atrás se han consignado;

b) que en tal virtud los demandados obtuvieron un enriquecimiento sin causa, "consistente en el valor de la construcción del parqueadero levantado sobre el lote que aparece como de propiedad de la "sociedad demandada y que William Simpson remato," y en los frutos civiles del mismo parqueadero que llegue a percibir cualquiera de los demandados a partir de la fecha en que se les haga la entrega, y en caso de que mis representados lleguen a ser desposeídos del inmueble y sin pago de las mejoras levantadas";

c) que, consecuencialmente, se condene a los demandados a pagar solidariamente a los demandantes "el valor del enriquecimiento sufrido por ellos o a cualquiera de ellos o el empobrecimiento correlativo sufrido por mis poderdantes, según el caso, todo conforme al inciso 2º del artículo 739

del C. Civil y los principios generales que informan la actio in rem verso";

d) que en la sentencia se reconozca que los demandantes tienen el derecho de retención; y

e) que se condene a los demandados, además, al pago de las costas procesales.

2. Además de algunos de los que fluyen de los antecedentes relatados, los demandantes invocaron como hechos constitutivos de la causa petendi, los siguientes:

a) que en el lote atrás alindado y especificado, adquirido inicialmente por la sociedad demandada por compra que de él hiciera a Pedro Emilio Gómez Ortiz según Escritura Nº 2940 de julio de 1966, y luego rematado por William Simpson en junio de 1972, los demandantes, con dineros de su exclusiva propiedad y con conocimiento de los demandados, "o sea a ciencia y paciencia" de éstos, construyeron el aparcadero denominado "Roca", destinado para el depósito de automotores de todas las capacidades;

b) que, como puede observarse de la precitada Escritura pública y de la carta de 2 de agosto de 1971, suscrita por el gerente de la compañía demandada, ésta "autorizó a mis representados para hacer el parqueadero Roca... y para que tramitaran la instalación de los servicios y construyeran las mejoras que son materia de la presente demanda";

c) "Los demandados —dice la demanda en el hecho 5º— no han pagado a mis mandantes ni el valor de la construcción, ni cuota parte siquiera en las indemnizaciones previstas por la ley para casos como éstos, es decir, no han pagado o reconocido a mis mandantes suma alguna de dinero que siquiera pudiera llegar a tener relación remota con la situación que origina la presente demanda"; y

d) de acuerdo con la Ley (Art. 739 C. C.) y con la jurisprudencia en el punto, —añaden los demandantes en las afirmaciones de hecho de su demanda— "mis poderdantes tienen derecho a ser indemnizados mediante los trámites propios de la acción de enriquecimiento dado que no existe otra acción principal para hacer valer sus derechos".

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda los demandados, después de negar los hechos fundamentales en ella invocados, salvo los atinentes al remate del bien por William Simpson Camargo, los cuales sí aceptaron, se opusieron a las peticiones de sus demandantes.

Afirmó la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Ltda.", apoyando cardinalmente en dicho aserto su oposición, que el demandante Rodríguez Rodríguez siempre ha detentado el inmueble con el carácter de arrendatario de ella, según contrato celebrado desde el 15 de diciembre de 1967.

Expresó el demandado William Simpson que él, con observancia de todas las formalidades prescritas por la ley al efecto, había rematado el inmueble, junto con las mejoras allí existentes, dentro del proceso ejecutivo que con acción real había seguido Gómez Ortiz contra la mentada sociedad; que el citado remate fue debidamente aprobado por el Juzado que tramitó dicha ejecución, en la cual el bien había sido secuestrado, "siendo secuestre el señor Carlos Bonilla"; y que éste, en ejercicio de dicho cargo, lo había dado en arrendamiento a uno de los demandados.

En esa misma oportunidad los demandados propusieron como excepciones de fondo, las que denominaron "inexistencia del derecho alegado, falta de causa y título para pedir y las demás que resulten en el transcurso del presente proceso".

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 15 de julio de 1974, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO: Declarar que los señores Berto Ciro Camacho y Jorge Eliécer Rodríguez construyeron a expensas suyas y por partes iguales, sobre el lote de terreno de la Cra. 66 A Nº 66-03 de Bogotá y alinderado conforme aparece en la petición 1ª de la demanda, las siguientes mejoras: a) las obras de relleno del terreno con las especificaciones, calidades y costos a que se refiere el ordinal 1º del PERITAJE (Fl. 121 Vto); b) El muro oriental en bloque de escoria con 1000 ladrillos; c) La instalación del alumbrado eléctrico; d) Colocación de tubos para desague; y e) las dos últimas piezas que quedan sobre el costado sudeste, indentificados en el plano anexo al peri-

taje con los números 3 y 4; mejoras identificadas con el nombre de "Parqueadero Roca".

"SEGUNDO: Declarar que las mejoras descritas en el punto anterior produjeron a la firma demandada Jorge Simpson & Ltda. un enriquecimiento sin causa, solamente favorable al demandante Berto Ciro Camacho, a quien la mencionada firma está obligada a pagar el valor de dichas mejoras. Absolver igualmente a la firma Jorge Simpson & Ltda., de una obligación similar en cuanto hace al demandante Jorge Eliícer Rodríguez, por hallarse probada la excepción de inexistencia de la obligación a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: Condenar a la firma Jorge Simpson & Ltda., representada por su Gerente Dr. Jorge Simpson Camargo, de las condiciones civiles conocidas en autos, a pagar al señor Berto Ciro Camacho el 50% del valor de las mejoras determinadas en el punto primero de esta parte resolutiva. La presente condena se hace 'in genere', y para su liquidación, de acuerdo con el Art. 308 del C. de P. Civil, se tomarán como bases necesarias los datos y cantidades suministrados en el trabajo de peritaje y sus anexos.

"CUARTO: Reconocer únicamente a favor de Berto Ciro Camacho el derecho de Retención.

"QUINTO: Absolver al señor William Simpson Camargo, de las condiciones civiles conocidas en autos, de los cargos que le fueron formulados en la demanda por los demandantes Berto Ciro Camacho y Jorge Eliécer Rodríguez.

"SEXTO: Condénase a los demandantes al pago del 50% de las costas a favor del demandado William Simpson Camargo. Sobre el otro 50% de las costas se opera la compensación."

5. Como efecto de la apelación interpuesta por todos los litigantes contra lo así resuelto el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 26 de mayo de 1976, dispuso:

"Primero. REVOCASE en todas y cada una de sus partes el fallo apelado, o sea, el proferido por el Juzgado Tercero Civil de este Circuito con fecha julio quince de mil novecientos setenta y cuatro.

"Segundo. DECLARASE no probadas las excepciones propuestas por el demandado por lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

"Tercero. CONDENAR a la sociedad JORGE SIMPSON & CIA. LTDA. a pagar a favor del demandante JORGE ELIECER RODRIGUEZ, la suma de $5.800.00, valor de las instalaciones eléctricas hechas en el inmueble objeto de la litis y para cuyos efectos obtuvo la debida autorización.

"Cuarto. DISPONER que los demandantes pueden retirar las mejoras que hayan realizado en el inmueble materia del proceso, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el inferior, para cuyos efectos se deberá poner la debida diligencia y cuidado que para estos casos exige el Código Civil.

"Quinto. NEGAR todas y cada una de las restantes pretensiones invocadas por los demandantes en el escrito de demanda.

"Sexto. Sin costas para ninguna de las partes por haber prosperado parcialmente las pretensiones de los demandantes y demandados".

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Apoyándose en las pruebas practicadas, en el proemio de las motivaciones de su sentencia observa el juzgador ad quem, que el inmueble atrás descrito fue objeto de secuestro dentro del proceso ejecutivo que con título hipotecario adelantó en el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá Pedro Emilio Gómez Ortiz contra la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Ltda."; que en el momento de practicarse esa diligencia se hizo presente María Antonia de Rodríguez, quien manifestó: "yo soy arrendataria del doctor JORGE SIMPSON, tengo en tal calidad el lote y la casita"; y que "en vista de la manifestación hecha por la arrendataria se le advirtió por el Señor Juez que por entonces practicó la diligencia, que a partir de la fecha de la misma, para todos los efectos vinculados con la ad-

ministración del inmueble debería entenderse con el señor CARLOS A. BONILLA R., quien como auxiliar de la justicia estaba en ese instante desempeñando las funciones de secuestre administrador del bien . . . "

Añade el Tribunal que la situación jurídica de la citada señora de Rodríguez, en relación con el inmueble, la corrobora el documento visible al folio 29 del cuaderno principal, contentivo del contrato, "suscrito por MARIA ANTONIA MOLINA PINEDA y JORGE E. RODRIGUEZ, quienes han recibido en forma solidaria y en su condición de arrendatarios de la soceidad JORGE SIMPSON & CIA. LTDA. el bien a que se contrae el escrito de demanda"; y que, según la cláusula 6ª de dicho pacto, los contratantes estipularon que "los arrendatarios no podrán hacer obra ni mejora alguna sin autorización expresa y por escrito del arrendador y SI LAS HICIEREN, sin llenar este requisito quedarán de hecho de propiedad del arrendador y los arrendatarios no podrán retirarlas ni exigir del arrendador nización alguna".

2. Asentado por el anterior postulado, con cita del artículo 1602 del Código Civil el ad quem recuerda el contenido y los alcances del principio jurídico de la normatividad contractual.

Dice, refiriéndose el citado contrato de arrendamiento, que "el acuerdo de voluntades contenido en la cláusula inmediatamente anterior es de tal sencillez e impregnado de la lógica más elemental, que no puede llegarse a otra conclusión por parte de la Sala, cual es, —añade— la de que el arrendador solamente estaba obligado a pagar las mejoras que en forma expresa fueran autorizadas por éste, a favor de los inquilinos".

3. Expresa, a renglón seguido, que el inmueble materia de dicho contrato de arrendamiento fue adquirido posteriormente por William Simpson Camargo, quien lo remató en un proceso de venta; y que, "como puede observarse de los elementos de convicción allegadas a la causa, esta persona en manera alguna adquirió obligación de indemnizar las mejoras pedidas por los demandantes".

Añade la sentencia que "la sociedad Jorge Simpson & Cía. Ltda. aparece como el sujeto pasivo de la pretensión en el proceso de venta, o sea, la persona a quien se le remató el inmueble que se discutía dentro de la respectiva litis, sin que tuviera ningún vínculo jurídico que pudiera ligarlo directa o indirectamente al señor BERTO CIRO CAMACHO, pues analizada en conjunto la prueba allegada se desprende sin lugar a duda de naturaleza alguna, como bien lo dijo el Juez de la causa, que el señor WILLIAM SIMPSON CAMARGO no tiene ninguna titularidad por pasiva frente a los demandantes en relación con los derechos sobre los cuales éstos fundamentan su pretensión". Considera, pues, que a este demandado se le debe absolver de todos los cargos de la demanda.

4. Refiriéndose a la situación del demandante Rodríguez en el inmueble, afirma el sentenciador que él, según el contrato ya referido, lo recibió conjuntamente con María Antonia Molina Pineda de la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Ltda." a título de arrendatarios; y que, según los términos de dicho contrato, el citado Jorge E. Rodríguez "solamente podrá realizar mejoras en el inmueble siempre y cuando que obtuviera la debida autorización escrita por parte del arrendador".

Estima, por consiguiente, que como está demostrado en el proceso que la sobredicha sociedad autorizó al mentado Jorge Rodríguez "para solicitar la instalación provisional de la energía eléctrica o alumbrado que por una u otra circunstancia pudiera requerir el predio arrendado", este demandante tiene derecho a que se le pague su valor, el cual fue tasado pericialmente en la suma de $5.800.00.

5. Prohijando el concepto del a quo en el punto, dice el sentenciador de segundo grado que no encuentra la razón por la cual Berto Ciro Camacho vino "a establecerse en el lote", ni la forma, modo y tiempo en que ello haya ocurrido: pero que "como las mejoras se hicieron y su autoría sólo puede ser atribuida a Jorge Eliécer y a Berto Ciro, "debe aceptarse como una realidad que los demandantes son sus únicos autores, en una proporción equivalente al CINCUENTA POR CIENTO (50%) para cada uno".

Explanando su pensamiento asevera el Tribunal que "no encuentra la forma lógi-

ca, racional y ajustada a principios elementales de equidad legal, por medio de los cuales se puede establecer la presencia de BERTO CIRO CAMACHO en el inmueble litigioso realizando mejoras y posteriormente ejercitando su derecho de acción para que le sean pagadas por la sociedad demandada, cuando entre el primero y la segunda no existe ningún vínculo jurídico que los ligue directa o indirectamente y consecuencialmente pueda el sujeto activo de la pretensión BERTO CIRO CAMACHO, exigir según la confesión del inquilino Rodríguez y que el Juez de primera instancia igualmente estudia analizando el contrato celebrado entre JORGE RODRIGUEZ como arrendatario del inmueble y BERTO CIRO CAMACHO, en razón a que entre uno y otro se celebró un contrato por medio del cual BERTO CIRO se comprometió para con Rodríguez a realizar unas obras que de común acuerdo ambos determinarían como necesarias a mejorar el parqueadero 'ROCA', de donde se deduce que entre BERTO CIRO CAMACHO y JORGE RODRIGUEZ puede existir alguna relación contractual de naturaleza personal que obliga a RODRIGUEZ PARA CON CAMACHO a su pago, pero en manera alguna a la sociedad JORGE SIMPSON & CIA. LTDA., pues no se demostró el vínculo jurídico que pudiera ligar en un momento determinado a BERTO CIRO frente a la sociedad demandada...".

En apoyo de su conclusión el Tribunal cita, transcribiendo de ellos los pasos que estima trascendentes, los testimonios rendidos por Alfonso Mendoza Landínez, José Jairo Torres y Luis Miguel Díaz.

6. Conclusión de sus consideraciones es, pues, para el Tribunal, la de que, excepción hecha de la suma de $5.800.00 correspondiente al valor de la instalación de la luz eléctrica en el inmueble, que la hizo el demandante Rodríguez con autorización de la sociedad demandada, las demás peticiones deben denegarse.

Expresa la sentencia, eso sí, que en lo que respecta "a las mejoras que los demandantes hayan realizado podrán ser retiradas por éstos dentro del término de los treinta días días siguientes a partir de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase... las que deben ser retiradas con la mediana inteligencia y cuidado que el Código exige cuando se trata de casos de esta naturaleza, como lo son, el retiro de mejoras".

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los dos demandantes, quienes han formulado las demandas que la Corte procede a examinar en el orden en que fueron presentadas.

A) La primera demanda

En ésta, Berto Ciro Camacho Varela le formula al citado fallo tres cargos: el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y los dos restantes dentro de la órbita de la primera. De ellos la Corte procede a examinar y despachar inmediatamente el primero y el tercero, y difiere el análisis del segundo para estudiarlo simultáneamente con el que trae la segunda demanda de casación, pues por venir éstos fundados en argumentos similares pueden estudiarse conjuntamente.

Primer cargo

1. Mediante éste, el recurrente dicho acusa la sentencia "de no estar en consonancia con las pretensiones de los demandantes".

2. A intento de demostrar este cargo el recurrente hace un cotejo o parangón entre las peticiones formuladas en la demanda inicial del proceso, y el ordinal 4º de la parte resolutiva de la sentencia aquí impugnada, mediante el cual el Tribunal dispuso que los demandantes "pueden retirar las mejoras que hayan realizado en el inmueble".

Refiriéndose a él, dice la censura que "el Tribunal implícitamente condena a los demandantes a desocupar el predio donde se hallan las mejoras y que no es materia del litigio, toda vez que dispone que se retiren, sin que ellos hubieran pedido una decisión de tal naturaleza y sin percatarse de la na-

turaleza y clase de las mejoras..." Agrega que no se trata "de una pretensión consecuencial, que el sentenciador pudiera declarar de oficio, ya que no se trata de discutir prestaciones mutuas en proceso reivindicatorio o de tenencia, decisiones que siempre se refieren a la parte demandada. Aquí a los demandantes, se les impone el deber jurídico de retirar las mejoras dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase dictado por el inferior. Y tienen que hacerlo con la debida diligencia y cuidado, como si fueran poseedores o tenedores vencidos en procesos de esta naturaleza".

3. Concretando el error in procedendo que denuncia, dice el censor que el Tribunal, mediante la resolución 4ª de su setencia, dispone "sobre puntos que no han sido ni fueron objeto de litigio; los demandantes piden el pago de unas mejoras necesarias, con fundamento en el principio superior de derecho de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, y piden se les conceda el derecho de retención —Art. 970 del C. C.— El Tribunal sin nadie pedirlo, y ser viable hacerlo de oficio, dispone que los demandantes retiren mejoras útiles y necesarias, y les impone un término no previsto en la ley; es una manera de condenarlos a desocupar el inmueble donde se hallan las mejoras, en forma implícita".

Se considera

1ª) Como nítidamente se infiere de la relación que de los antecedentes del presente litgio hizo la Corte en el inicio de esta providencia, la entrega del inmueble Nº 66-03 de la carrera 66-A de Bogtá por el secuestre Carlos A. Bonilla al rematador William Simpson Camargo se ordenó judicialmente desde el 3 de agosto de 1972, fecha en que el Juzgado Dieciseis Civil del Circuito profirió el auto aprobatorio de la subasta, que de dicho bien se hizo dentro del proceso ejecutivo que con título hipotecario adelantó allí Pedro Emilio Gómez Ortiz contra la sociedad aquí demandada.

Por cuanto el depositario judicial, a efecto de cumplir cabalmente la ordenación a él impartida, solicitó la intervención de la justicia, el juzgado que de esa causa conocía procedió a realizar la respectiva diligencia de entrega, con el resultado de que, ya desde el 25 de octubre de 1972, rechazó la oposición que a ésta formularon Jorge Eliécer Rodríguez y Berto Ciro Camacho, quienes entonces alegaron ser arrendatarios del predio, y requirió a los opositores, en consecuencia, para "la desocupación inmediata del inmueble" a fin de entregarlo al rematante de él.

No obstante lo anterior, los citados Rodríguez y Camacho posteriormente reiteraron su oposición a la entrega del bien, invocando entonces calidad de arrendatarios de arrendador diferente, oposición que corrió la misma suerte que la formulada antaño, según lo dice el acta de 3 de febrero del año siguiente.

2ª) Con este claro entendimiento de lo ocurrido en la sobredicha diligencia de entrega, bien fácil resulta comprender que la sentencia impugnada hoy en casación, al disponer que "los demandantes pueden retirar las mejoras que hayan realizado en el inmueble materia del proceso", no condenó a éstos, ni expresa ni implicitamente, a la desocupación inmediata del bien: no lo primero, sencillamente porque los términos en que se halla concebida la decisión impugnada no autorizan sacar la conclusión categórica a que llega el recurrente; tampoco lo segundo, porque si la desocupación del inmueble por parte de los opositores estaba ordenada judicialmente desde época pretérita, innocuo resultaba repetirla.

Siguiendo este orden de ideas se impone aceptar que la sentencia recurrida, en la parte que es objeto de la presente impugnación, lejos de contener condenación alguna en contra de los demandantes se limita a facultarlos para retirar unas mejoras, disposición esta que, evidentemente, antes de perjudicarlos los beneficia.

Guiada pues la Corte por este entendimiento, que es el que la lógica de las cosas indica, tiene que decir que el aquí recurrente, como demandante que es en el proceso, carece de interés para acusar incongruencia del fallo por el aspecto apuntado, desde luego que en el supuesto de que el error in procedendo denunciado existiera, ese

presunto yerro antes de lesionar al recurrente lo beneficiaría.

3ª) Pero si dejando de lado la observación precedente debiera la Corte entrar a estudiar en el fondo de esta censura, tendría que expresar que en rigor jurídico no se configura el defecto de inconsonancia que por extra petita le endilga el casacionista al fallo por él combatido.

En efecto. Pertinente es recordar que una de las peticiones expresamente deducida por los demandantes en el libelo inicial del proceso consistió en que, en la sentencia, se les reconozca a ellos "el derecho de retención" por razón de las mejoras que, dijeron, habían hecho en suelo ajeno con el consentimiento del dueño de éste. Y apoyaron jurídicamente tal súplica, según reza la demanda, en lo dispuesto por los artículos "739, 1995 y concordantes del C. C.".

Estimó el Juez en su fallo que el derecho de retención invocado es improcedente y por tanto lo denegó; pero sobre la consideración de que los demandantes resultaron ser arrendatarios del inmueble, en el que habían ejecutado algunas mejoras contra la voluntad del dueño, no obstante la prohibición contractual al efecto, con apoyo en lo dispuesto en los Arts. 966, in fine, y 1994 del C. C., les concedió la facultad de retirarlas.

Lo cual significa que el Tribunal, encontrándose en frente de un fenomeno de plus petitio, pronunció un fallo infra petita, procedimiento que es el indicado por el artículo 305 del C. de P. C. al estatuir que "si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último". Problema este que dista, y en mucho, del de la inconsonancia y por consiguiente, cuando se está en presencia de aquél, su acusación en casación es pertinente por la causal primera y no por la segunda.

Por lo expuesto, procede rechazar esta censura.

Tercer cargo

1. Con éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 y 739 del Código Civil; y los textos 965, 956 y 1602 del código citado, por aplicación indebida, a consecuencia de los errores de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar la demanda inicial del proceso y la prueba testimonial producida en él.

2. La censura desarrolla el cargo así:

"a) La demanda como acto jurídico procesal, es materia de interpretación, para fijar su exacto alcance y contenido. Si es clara y precisa como en el caso de autos, su interpretación es fácil, toda vez que surgen de los hechos con claridad las pretensiones procesales. La demanda busca obtener una reparación por mejoras plantadas en suelo ajeno a ciencia y paciencia de los titulares del dominio. Invoca el enriquecimiento sin causa y el artículo 739 del C. C. El Tribunal la desnaturaliza en su finalidad objetiva, en su claridad, formal y material. A pesar de ello el Tribunal busca relaciones contractuales no invocadas en el escrito de demanda. Berto Ciro Camacho V., no tiene derecho al pago de mejoras porque no existe contrato con la sociedad demandada y porque la relación contractual, existe es con Rodríguez. Ninguna situación de esas se infiere del texto y del contexto de la demanda, porque ésta no invoca fuentes contractuales";

"b) 'No se halla por parte alguna —dice el recurrente— medio de prueba que acredite que Rodríguez quedó obligado para con Camacho a pagarle las mejoras. Hay ausencia total de medio probatorio alguno al respecto. No obstante el Tribunal infiere que tal obligación puede existir entre los demandantes, pero en manera alguna en contra de la sociedad porque no se demostró ningún vínculo contractual con ella'; y

"c) El Tribunal deduce de los testimonios de ALFONSO MENDOZA LANDINEZ, JOSE JAIRO TORRES y JOSE MIGUEL DIAZ una conclusión también errada: que existe una obligación de Rodríguez de pagar las mejoras a Berto Ciro Camacho. Ninguno de los testigos habla de esa clase de obligaciones. Los desnaturaliza materialmente. El primero habla de que los gastos de las mejoras y su realización se hizo conjuntamente por los demandantes. El segundo que los demandantes consiguieron trabajadores para rellenar y nivelar el lote.

El último de los testigos dice que todos los trabajos se hicieron por cuenta de Berto Ciro. Luego, el Tribunal erró de hecho, al ponderar estos testimonios y deducir consecuencias contrarias a la materialidad de los mismos: un pretendido contrato entre Berto Ciro y Eliécer Rodríguez, en virtud del cual el segundo se halla obligado a pagar las mejoras y no la sociedad demandada, por la ausencia de vínculo jurídico con ésta."

Se considera

1ª) Ha dicho exhaustivamente la doctrina de la Corte que cuando al tiempo de fallar el juez se encuentra frente a una demanda que adolece de imprecisión, bien sea en la forma como se hallan concebidas las súplicas, ora en la exposición de los hechos, ora en los fundamentos de derecho o ya en las unas y en los otros, está en el inexcusable deber de interpretarla para desentrañar la verdadera intención del demandante, tarea en la cual debe tomar en cuenta todo el conjunto de ese libelo, y, además, en los casos en que ello fuere menester para precisar su verdadero sentido y alcance, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Sólo así puede llegar, frente a la demanda, a la procedente interpretación que racional y lógicamente corresponde.

Como los errores en que incurre el juzgador al interpretar una demanda pueden conducirlo a la violación de normas de derecho sustancial, desde luego que con causa en ellos dirime el conflicto con apoyo en preceptos legales que no regulan el caso controvertido y deja de aplicar los pertinentes, la interpretación errónea de la demanda se ha elevado doctrinaria y positivamente a motivo determinante de la casación del fallo.

Ha dicho entonces la jurisprudencia que la errónea apreciación de la demanda, sea por contraevidencia respecto a su causa petendi, o a su petitum, o en lo atiente a la naturaleza jurídica de la pretensión, implica siempre error de hecho, puesto que así en esta última hipótesis como en las dos primeras, lo que en realidad se está alterando es el contenido objetivo de ese libelo.

2ª) El Tribunal de Bogotá, al proferir el fallo aquí recurrido, vio y apreció la demanda inicial del proceso sin alterar en lo más mínimo la fidelidad objetiva de tal escrito, singularmente en lo tocante con la pretensión principal deducida en él. Es entonces impertinente afirmar, como lo asevera el censor, que el ad quem malinterpretó la demanda con alcance de un error de hecho manifiesto y trascendente.

Estimó el sentenciador que con ésta los demandantes buscaron que se les pagara el valor de las mejoras, hechas por ellos en terreno de propiedad de la sociedad demandada. Y esta conclusión, cotejada con lo que el petitum de la demanda indica, ni por asomo entraña arbitrariedad alguna, ni contradice en algo la evidencia que esa pieza procesal ostenta.

Analizado el contexto de su sentencia aparece que el Tribunal denegó las súplicas de los demandantes, no porque hubiera cambiado la pretensión aducida, sino porque estimó inexistente el derecho reclamado por ellos. Relativamente a Rodríguez Rodríguez el fallo desestimativo lo fundó el ad quem en que este demandante, como arrendatario del inmueble, había realizado en él algunas mejoras pero infringiendo la prohibición contractual de hacerlas sin el consentimiento expreso y por escrito de su arrendador; y que Berto Ciro tampoco tenía el derecho reclamado porque, a más de no aparecer clara una razón lógica de su presencia en el bien, resultaba vinculado contractualmente, por causa de dichas mejoras, con su codemandante Rodríguez y no con los demandados.

3ª) En el interrogatorio de parte por él absuelto el 14 de junio de 1973, Jorge Eliécer Rodríguez reconoce que inicialmente había tomado en arrendamiento a Jorge Simpson el inmueble, "eso fue por allá en 1965"; que luego, estando aún vigente dicho arrendamiento, en diciembre de 1970 Berto Ciro Camacho "principió a trabajar en arreglar el asunto del potrero para parqueadero", época en la cual el absolvente trabajó para aquél, transportándole "resebo para el arreglo del mismo lote" y como celador del aparcadero; que posteriormente, en el año de 1972, Berto Ciro y el absolvente tomaron el inmueble "en arrendamiento a

una doctora Wilches"; y que desde entonces "hice compañía con Berto Ciro con el trabajo de mis camiones que me debía, por lo que yo le había trabajado ahí. El me dijo; no nos pongamos a hacer cuentas, más bien corra en compañía lo del parqueadero".

Por su parte, en el interrogatorio que Berto Ciro Camacho absolvió el 16 de mayo de ese mismo año, dicho absolvente manifestó que "en diciembre del año pasado hubo un secuestro del lote en cuestión, nombraron de secuestre a una señora no recuerdo bien ahora el nombre de la Doctora esa, y como yo le debía a Jorge Rodríguez una plata de acarreos y de sueldo, entonces le dije que si quería que lo llevaba en compañía ya que la doctora nos arrendaba el lote secuestrado, y ahora somos socios y celebramos contrato escrito firmado por los dos, por Jorge Eliécer y yo, y con eso le pagué la deuda a Jorge Eliécer".

Si, además, de estas confesiones de los demandantes, obran en el proceso las copias de los contratos de arrendamiento que ellos celebraron, primeramente el 7 de noviembre de 1972 con Jorge Enrique Ramírez Rojas sobre "las mejoras existentes" en el inmueble; y luego, el 1º de diciembre de 1972 sobre el predio todo con María Isabel Wilches, pacto este en el que se les autorizó "para hacer las mejoras indispensables para el funcionamiento del negocio y las que las autoridades ordenen", no es contrario a la realidad de los hechos sostener, como lo hace la sentencia recurrida, que "entre BERTO CIRO CAMACHO y JORGE RODRIGUEZ puede existir alguna relación contractual de naturaleza personal que obliga a RODRIGUEZ PARA CON CAMACHO a su pago".

Conocido el desarrollo histórico de los acontecimientos que generaron el presente litigio, los cuales indican que el demandante Rodríguez, desde el año de 1967, tomó el inmueble en arrendamiento a la sociedad aquí demandada, con prohibición de realizar obra alguna en él sin el consentimiento de su dueño, sólo puede explicarse la presencia de Berto Ciro Camacho en el fundo, compartiendo su tenencia con aquél, por un acuerdo que los dos habrían celebrado para la construcción de mejoras y por ende para el reconocimiento de una posible indemnización.

4ª) La conclusión de la Corte en el punto la corrobora la prueba testimonial practicada en el proceso, pues de esta se desprende, como lo dedujo el Tribunal en su sentencia, que en la realización de las mejoras en el inmueble el demandante Rodríguez actuó como dependiente o trabajador de Camacho.

En su declaración jurada José Jairo Torres dice, en efecto, que para arreglar el lote y acondicionarlo para aparcadero "Don Ciro consiguió trabajadores, asesorado por don JORGE y comenzó a echarle tierra y a nivelarlo"; que en muchas ocasiones el testigo prestó dineros a Camacho, ante las manifestaciones de éste de que "no le alcanzaba para pagar a los trabajadores" dineros que luego daba a "don Jorge Rodríguez para que éste pagara los trabajadores"; que "también ví a don Jorge, que se encargaba de la misma obra, o sea como administrador del arreglo"; y que le consta personalmente que" es don CIRO quien hace esto (se refiere a las mejoras) porque siempre he observado por vivir al frente, que es él el que trabaja en el lote".

En el mismo sentido y con similares razones depone el declarante Luis Miguel Díaz Acosta, quien agrega que "de estas obras siempre ví a don CIRO CAMACHO con obreros, regando el afirmado que traían"; y que cuando éste "se iba quedaba DON JORGE reemplzándole", quien entonces actuaba "como administrador del arreglo".

Cotejado, pues, el contenido de estos testimonios con la conclusión que en el punto sacó el sentenciador, no encuentra la Corte que esa deducción del fallo contradiga ostenciblemente la evidencia que la prueba ostenta en su realidad objetiva. Por tanto, el error de hecho que al respecto denuncia el censor resulta ciertamente inexistente.

Por lo dicho, se desestima también este cargo.

Segundo cargo

1. Con él, este recurrente acusa la sentencia de quebrantar directamente, por

inaplicación, los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 y 739 del Código Civil; y los artículos 965, 966 y 1602 de la codificación citada, por aplicación indebida.

2. En desenvolvimiento de esta censura el recurrente, después de detenerse en el análisis del principio de derecho de que nadie puede enriquecerse sin causa justa, expresa:

"Considera el Tribunal, que como no existe un nexo entre el señor BERTO CIRO CAMACHO y los demandados, no tiene derecho al pago de las mejoras que le reconoció acertadamente el juez de primer grado. Y considera que existe es un nexo contractual entre Berto Ciro y Jorge Eliécer Rodríguez, y que éste es el obligado al pago de dichas mejoras. Pero las mejoras no se hicieron en beneficio de este último, sino en beneficio de los dueños del terreno en donde fueron edificadas. Y precisamente como no existe vínculo contractual, es que la demanda invoca la 'actío in rem verso', como fuente de la obligación de reparar. No se explica cómo el Tribunal, considera que sólo los vínculos contractuales, son generadores de obligaciones. Desconoce, pues, otras fuentes de las obligaciones. En nuestra doctrina y de acuerdo con jurisprudencia de esa superioridad, el enriquecimiento injusto es considerado como fuente subsidiaria de obligaciones. Y ese es precisamente el caso de autos; el demandante Berto Ciro Camacho, no puede invocar una fuente contractual, no puede invocar un hecho ilícito, ni la Ley. Luego, tiene que acudir a la fuente subsidiaria, que es el enriquecimiento sin causa. No es el patrimonio de Jorge Eliécer Rodríguez el que se aumentó con el trabajo del demandante Camacho, como cree erradamente el Tribunal. Fue el patrimonio de los demandados el que se aumentó, por el fenómeno de la accesión previsto en el artículo 739 del Código Civil...".

Concretando el error jurídico que le enrostra al sentenciador, dice el casacionista que consistió en "exigir un vínculo contractual, como una fuente de la obligación de pagar el precio de la cuota de las mejoras que corresponde al demandante Camacho, y que el mismo Tribunal acepta que equivale al 50%, y que por el modo accesión, quedaron incorporados al predio de los demandados y que aumentaron el valor de éste en beneficio de los mismos".

B) La segunda demanda

1. En ésta, el demandante Rodríguez Rodríguez formula contra la sentencia de segundo grado un solo cargo, que apoya en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante él la acusa de quebrantar directamente, por falta de aplicación, los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 8o. de la Ley 153 de 1887, 739 del Código Civil y 831 del Código de Comercio; y los textos 1602, 1603, 1618, 1622 y 1944 del Código Civil, por aplicación indebida.

2. En desarrollo de su censura el recurrente, luego de transcribir el contenido de los artículos 739 del C. C. y 831 del C. de Co., asevera que ninguna de estas dos disposiciones contempla, para los efectos del enriquecimiento sin causa, la existencia de una relación contractual entre demandante y demandado; que, contrariamente, ambas "regulan situaciones en las cuales no media entre las partes acuerdo o convención".

Agrega que la citada disposición del Código de Comercio, que es aplicable en el caso presente en virtud de lo mandado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, consagra el substratum de una doctrina que de antaño ha aceptado la jurisprudencia nacional "al fijar los linderos y alcances de la 'actio in rem verso'..."; que aún desde antes de que la jurisprudencia señalara el enriquecimiento sin causa como fuente de obligación, ya el Código Civil "había consignado una norma para regular las relaciones jurídicas que llegaren a suscitarse entre el dueño del terreno y el edificador o cultivador del mismo que no era dueño".

Dice el casacionista que el sobredicho artículo 739 contempla dos hipótesis, "fundadas ambas en el conocimiento que tenga o no el dueño del terreno relativo a la edificación o cultivo del mismo por otro que no lo es. Si el dueño no tiene conocimiento de que su terreno ha sido edificado, sembrado o plantado, tiene derecho a una de dos cosas: a) hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los

poseedores de buena o de mala fe... o b) obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder y al que sembró, a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

"Y por el contrario, si el dueño del terreno tuvo conocimiento de la edificación, plantío o sementera, su derecho a recobrar lo se limita a condiciones en el sentido de que para lograrlo ha de pagar a quien edificó, plantó o sembró, el valor del edificio, plantación o sementera".

3. Continuando en el desenvolvimiento de la censura el recurrente, después de notar que, como lo reconoce la sentencia combatida, Berto Ciro Camacho "no tenía ninguna relación contractual ni convencional ni de ninguna otra especie con los demandados", expresa:

"Si no mediaba convención entre Berto Ciro Camacho y la sociedad demandada, como tampoco entre aquél y William Simpson Camargo, pero admitía que era Berto Ciro conjuntamente con Rodríguez quienes habían levantado las edificaciones en el terreno de la demanda, ha debido aplicar en relación con el primero no el Art. 1602 del C. C., según el cual todo contrato es ley para las partes, pues ya había dicho que Berto Ciro no era parte en ese contrato y tampoco el artículo 1994 del C. C. que autoriza al arrendatario para retirar los materiales sin detrimento de la cosa arrendada puesto que también había admitido implícitamente que Berto Ciro no era arrendatario, sino el artículo 739 ibídem por ser la norma que regula, en ausencia de contrato o convención, las relaciones jurídicas entre el dueño del terreno y quien en él edificó, plantó o sembró, con o sin su conocimiento, y por ser también la disposición que desarrolla el principio general contenido en el artículo 831 del Código de Comercio y los contenidos en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887".

Se considera

Como ya está dicho, la Corte procede a examinar conjuntamente esta demanda y el cargo segundo formulado en la primera, por permitírselo la igualdad de los fundamentos en que las dos acusaciones vienen apoyadas.

1ª) La accesión, que es "un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella" (Art. 713 C. C.), tradicionalmente se ha dividido en dos clases llamadas natural e industrial, según que sea obra de la naturaleza o que se deba a un hecho humano: al paso que ésta resulta de la voluntad del hombre, aquélla se produce sin esa intervención.

El Código Civil Colombiano, después de consagrar en el capítulo 1º del título 5º de su libro 2º la denominada accesión discreta, o por producción de frutos, en los tres últimos capítulos de ese mismo título reglamenta, bajo los epígrafes "accesiones del suelo", "accesión de una cosa mueble a otra" y "accesión de las cosas muebles a inmuebles", la que la doctrina ha llamado continua, o sea la que resulta de la agregación de dos o más cosas de diferentes dueños que, luego de unidas, constituyen un todo indivisible.

2ª) La accesión de mueble a inmueble se realiza por edificación, plantación o siembra ejecutadas en suelo propio o ajeno, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan. Producida la agregación, se consuma en favor de éste el fenómeno adquisitivo como efecto del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y ya que siempre se ha considerado principal el inmueble, porque de dos cosas que componen un todo se da tal categoría a aquella que puede subsistir en su ser separadamente, y como accesoria la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma.

Mas, como es principio universalmente aceptado el de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, se han establecido por el derecho positivo reglas que tienden a asegurarle al propietario de los materiales, plantas o semillas una equitativa indemnización.

Así, para determinar la reparación debida en estos casos, el Código Civil Colombiano, atendiendo a la persona que haya hecho la edificación, plantación o siembra, contempla dos situaciones diferentes, a saber: a) cuando el dueño del terreno incorpora en él materiales, plantas o semillas ajenas (Art. 738); y b) cuando el dueño

de éstos edifica, planta o siembra en suelo ajeno (Art. 739). De estas dos regulaciones sólo importa considerar, para decidir la controversia sub judice, la segunda, y por tanto a ella contrae la Sala su estudio.

3ª) En punto de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el artículo 739 del C. C., prevé dos situaciones diferentes, según que el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de dicha ejecución en su predio por otra persona; o que, contrariamente, ésta haya edificado, plantado o sembrado "a ciencia y paciencia" de aquél. Y de estos dos supuestos de hecho deduce consecuencias jurídicas también distintas, a saber:

a) para la primera hipótesis consagra a favor del propietario del inmueble un derecho alternativo: si no quiere adquirir el edificio, plantación o sementera, sea porque no es de su agrado, sea porque no quiere o no puede hacer la erogación que ésta representa, está facultado para obligar al que edificó o plantó a "pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder", o al que sembró a pagarle "la renta y a indemnizarle los perjuicios"; y si, en cambio, opta por "hacer suyo el edificio, plantación o sementera", debe cubrir "las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título De la reivindicación"; y

b) para el segundo evento, es decir cuando "a ciencia y paciencia" del dueño del terreno otra persona incorpora en él sus materiales, plantas o semillas, la norma referida consagra a favor de aquél derecho a recobrar el predio, pero pagando anteladamente "el valor del edificio, plantación o sementera".

4ª) Tratándose del primero de estos dos supuestos, la persona que edifica, planta o siembra en suelo ajeno, aunque puede ser simple tenedor, en veces lo hace como poseedor, porque para que el caso ocurra generalmente es necesario que detente el terreno y ejecute la obra sin el conocimiento de su dueño. Aceptable es, entonces, que para fijar las obligaciones recíprocas en materia de frutos y mejoras se acuda a las disposiciones que reglamentan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, preceptos estos que para tal efecto toman en cuenta la buena o mala fe del poseedor vencido.

No acontece lo propio en la segunda de las dos situaciones indicadas, en la cual quien ha edificado, plantado o sembrado detenta el terreno ajeno con conocimiento de su dueño, vale decir, sin animus domini. De consiguiente, al contrario de lo que sucede en la primera, en esta segunda hipótesis no hay necesidad de saber cómo ha sido la fe del del autor de los trabajos, porque el solo hecho de realizarse la obra con conocimiento del dueño del terreno basta para considerar que ha aceptado su ejecución, expresa o tácitamente, y que por lo mismo debe pagar la única indemnización indicada por la ley para el caso, cual es el valor del edificio, plantación o sementera.

5ª) El detentador puede haber entrado en la tenencia del terreno ajeno en que incorpora sus materiales, plantas o semillas, ora en virtud de una convención jurídica ajustada con el dueño de éste, o ya en ausencia de todo título contractual. Ante esta dicotomía que en el punto se presenta, conviene determinar si la acción de recobro que consagra el inciso segundo del artículo 739 del C. C., con sus consecuencias propias, es o no procedente en ambas ocurrencias. En la primera el dueño del terreno, para lograr la restitución, tiene a su favor la acción que emane del contrato, desde luego que pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real; en tal supuesto se aplican las cláusulas que según el pacto acordado entre el propietario y el tenedor se hayan convenido en torno a la suerte de las construcciones y plantaciones, y en defecto de ellas se acatarán las normas legales que rijan al respecto. "Al tratar de la accesión es necesario —tiene dicho la Corte al efecto— tener en cuenta si ésta se produce o no por un contrato; en el primer evento la ley del contrato y también la ley positiva, como en el caso del Art. 716 del C. C., entre otros, determina las prestaciones recíprocas. En el segundo caso la ley da ciertas normas que tienden a lo siguiente: a) a que prime el principio de la accesión, como modo de adquirir el dominio de las cosas, y b) a que los derechos de las partes queden garantizados y jurídicamente protegidos" (XLVII, 312).

Es pues la segunda de las dos ocurrencias apuntadas la que, por subsumirse en tal voluntad abstracta de la ley, cae bajo el imperio del artículo 739, inciso 2º, y por tanto, en principio, solamente a ella se aplican las disposiciones referentes a esta especie de accesión de mueble a inmueble. Mas, para no abrir la esclusa de los enriquecimientos torticeros, nada impide, y más bien los términos generales de la norma lo autorizan, aplicar la ordenación en ella contenida cuando, aún existiendo vínculo contractual entre el propietario del terreno y el tenedor, en él nada se ha previsto respecto de la suerte que hayan de correr las construcciones y plantaciones, si, por otra parte, las disposiciones legales que rigen el contrato respectivo guardan silencio en esta materia.

6ª) Al analizar el haz probatorio practicado en el proceso dedujo el Tribunal, y su conclusión la aceptan los impugnadores desde luego que los dos cargos que aquí se consideran los formulan por la vía directa, que Jorge Eliécer Rodríguez Rodríguez, conjuntamente con María Antonia de Rodríguez, adquirieron la tenencia del inmueble Nº 63-03 de la carrera 66-A- de Bogotá, por virtud del contrato de arrendamiento que con relación a dicho bien celebraron desde el 16 de diciembre de 1967 con la sociedad aquí demandada "Jorge Simpson & Cía. Ltda.". Y que de acuerdo con dicho contrato los arrendatarios se obligaron a no hacer "obra ni mejora alguna sin autorización por escrito del arrendador"; y que si la hicieren sin el consentimiento de éste no podrían "retirarlas ni exigir del arrendador reembolso ni indemnización alguna".

Con apoyo en lo convenido entre arrendador y arrendatario en punto de mejoras hechas en el inmueble arrendado, el sentenciador condenó a aquél a pagar a éste el valor de las que encontró realizadas con autorización escrita de él. En las restantes desconoció derecho a dicho demandante precisamente por haberlas hecho violando el acuerdo contractual, es decir, sin autorización expresa del arrendador.

No aplicó entonces el artículo 739, inciso 2º, del C. C., sino el 1994 ibídem, porque existiendo una convención jurídica ajustada entre el dueño del terreno y el mejorador en torno a la suerte de las construcciones, es éste y no aquella norma la llamada a regular la materia.

7ª) Relativamente al demandante Berto Ciro Camacho no hay, evidentemente, relación contractual con la sociedad demandada "Jorge Simpson & Cía Ltda."

Mas, como inicialmente él vino a ser detentador del inmueble por convenio celebrado con su codemandante Rodríguez Rodríguez, las mejoras que hubiese hecho no lo habilitan para reclamar el derecho a que alude el precitado artículo 739, en su inciso 2º, frente a la sociedad citada, sencillamente porque, como se ha visto, no lo fueron con conocimiento del dueño del predio, o sea a ciencia y paciencia de éste, sino contrariamente al margen de la voluntad suya y por consiguiente el interés de este demandante se reduce al que las leyes consagran para los poseedores de mala fe, que fue precisamente el reconocido en la sentencia de segunda instancia.

Por lo demás, si bien el origen de la tenencia del inmueble por parte del demandante Camacho puede explicarse solamente por el acuerdo que celebró con Rodríguez, es lo cierto que posteriormente aparece como coarrendatario en virtud de diversos contratos que sobre el mismo bien celebró con personas diferentes, contratos todos en los cuales se comprometieron a no realizar en el predio mejora alguna sin el consentimiento expreso y escrito del arrendador.

8ª) Y si, como también lo ha dicho la Corte, "la demandada para reclamar el valor de las mejoras efectuadas en terreno ajeno debe dirigirse, no contra el actual poseedor del suelo, sino contra el que era dueño o poseedor del terreno donde se hicieron las obras cuyo valor se reclama, y el cual las adquirió por accesión" (LXIII, 84), tiene que seguirse que la absolución que la sentencia impugnada trae para el demandado William Simpson Camargo se halla ajustada a derecho, sencillamente porque frente a él, que fue el rematador del inmueble junto con las mejoras existentes, resulta improcedente dar aplicación a lo preceptuado por el artículo 739, inciso 2º, antecitado.

Porque si bien es verdad que en el supuesto de haberse realizado mejoras en el predio hay que presumir que ellas aumen-

taron el valor de éste, no lo es menos que dicho aumento fue en favor de quien entonces era su dueño y no a favor de quien, por haberlo rematado posteriormente, lo adquirió conjuntamente con tales mejoras por el valor máximo al que lo llevó a la subasta.

Se rechazan, pues, estos dos cargos.

V

Decisión

En armonía 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 ventiséis (26) de mayo de mil novecientos setenta y seis (1976) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de los recurrentes. Tásense.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

REIVINDICACION

Por el legatario de su asignación

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de noviembre de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por la Comunidad Franciscana de Colombia contra Carlos Eduardo Serrano Torres.

Antecedentes

1) Carlos Eduardo Torres Pinto, en su testamento abierto otorgado en 1956 ante el Notario de Fusagasugá, asignó a su esposa Matilde La Rota Peñafort de Torres el usufructo de todos sus bienes, entre otros, una casa ubicada en aquella ciudad marcada con el número 9-17 de la carrera 6ª, que había adquirido a título de permuta celebrada con Rafael Amaya Rojas. La nuda propiedad de este inmueble, y con el modo de favorecer vocaciones religiosas en los términos de que da cuenta el acto testamentario, la dejó por partes iguales a "La Venerable Comunidad de Padres Franciscanos, con sede en el Convento de San Luis (Aposentos) de Ubaté, de este Departamento, y para el Convento de los Franciscanos de Tunja (Boyacá)...", comunidades en quienes, muerta su esposa, se consolidaría la nuda propiedad con el usufructo.

2) Fallecido el testador, su proceso de sucesión se tramitó en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, sin intervención de la Venerable Comunidad de Padres Franciscanos y actuando como única interesada la viuda Matilde, quien a la vez era albacea con tenencia de bienes y a quienes en la partición se le adjudicó "el pleno dominio y la posesión" de todos los bienes sucesorales (entre ellos la casa de la carrera 6ª de Fusagasugá, atrás mencionada) con apoyo en el siguiente razonamiento: "Teniendo en cuenta que el usufructo de los bienes del causante está asignado en el testamento a la cónyuge sobreviviente por todos los días de su vida; que está reconocida como heredera del causante en razón de no haber dejado otros herederos; y que los legados testamentarios son esencialmente modales, cuyas cargas seguramente han influido en los legatarios para su no aceptación, como se ve en la carta adjunta, y que tales legados después de la muerte de la cónyuge sobreviviente Matilde La Rota viuda de Torres, a esta heredera se le adjudica la totalidad de la herencia, con cargo de atender o arreglar lo relativo a los legados que fueron aceptados en la forma modal establecida". (Subraya la Corte).

3) El proceso de sucesión de Carlos Eduardo Torres Pinto se protocolizó en la Notaría de Fusagasugá mediante Escritura número 1703 del 19 de octubre de 1960.

4) Años después, el 17 de mayo de 1965, la viuda Matilde La Rota falleció en Bogotá y en su correspondiente proceso de sucesión testada, que se adelantó en el Juzgado 4º Civil Municipal, se adjudicó a Carlos Eduardo Serrano Torres, como su heredero universal testamentario, el pleno dominio de la casa de Fusagasugá a que atrás se hizo mención, Carlos Eduardo fue instituido como único heredero y albacea en el último testamento otorgado por la causan-

te, que consta en la Escritura número 1010 pasada ante el Notario 6º de Bogotá el 10 de marzo de 1965. La partición y su providencia aprobatoria fueron convenientemente registradas y el proceso protocolizado en la Notaría 6ª de Bogotá por medio de la Escritura número 599 del 12 de febrero de 1970.

5) Por medio de la Escritura número 10.531 otorgada el 3 de diciembre de 1970 en la Notaría 6ª de Bogotá, el Provincial de la Comunidad Franciscana de Colombia manifestó que aceptaba "para los Conventos de Ubaté y Tunja de la misma Comunidad que representa" el legado que les había asignado Carlos Eduardo Torres Pinto en el testamento que rigió su proceso de sucesión, tramitado ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá.

III

El proceso

La Comunidad Franciscana de Colombia, después de muerta Matilde La Rota, demandó a Carlos Eduardo Serrano Torres, único hedereo de ésta, para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos: a) que la Comunidad demandante es, por haber muerto la usufructuaria Matilde, la plena propietaria de la casa 9-17 de la carrera 6ª de Fusagasugá, cuyos linderos allí se indican; b) que en consecuencia se condene a Serrano Torres "como heredero y adjudicatario de la sucesión de Matilde La Rota viuda de Torres... a entregar a la Comunidad Franciscana de Colombia el inmueble ya determinado", con sus frutos, considerándolo como poseedor de mala fe.

Como hechos fundamentales de sus pretensiones, la Comunidad Franciscana afirmó los que en lo esencial se han relacionado en los antecedentes de esta providencia, haciendo hincapié en que aunque el demandado es poseedor inscrito del apuntado inmueble de la carrera 6ª de Fusagasugá, no es su dueño, puesto que su causante Matilde La Rota de Torres sólo fue usufructuaria de ese bien y nunca su propietaria, desde luego que su marido Carlos Eduardo Torres sólo le asignó en su testamento el usufructo que, a la muerte de aquélla, había de consolidarse en cabeza de la Comunidad Franciscana, a quien se había asignado la nuda propiedad desde el principio, por tanto, a la muerte de Matilde se extinguió todo derecho que esta tuviera sobre el inmueble dicho.

Asevera además en el hecho 15º del libelo, que en vida de Matilde, la Comunidad Franciscana había demandado la nulidad de la partición llevada a cabo en el proceso de sucesión de Carlos Eduardo Torres Pinto, pero que "las sentencias proferidas en este negocio negaron la nulidad demandada, es decir, que se dejó intacta y vigente la partición en que se le adjudicó la casa de Fusagasugá".

Notificado el auto admisorio de la demanda, el demandado Carlos Eduardo Serrano Torres no le dio respuesta. La primera instancia terminó con fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá el 8 de julio de 1975, en el que se despacharon favorablemente todas las pretensiones, así:

"Declarar que la Comunidad Franciscana de Colombia representada con sus Conventos Franciscanos de San Luis de Ubaté, y Santa María Magdalena (San Francisco) de Tunja, es la dueña legítima del bien inmueble de que trata el punto primero de la demanda, por la situación, linderos y extensión allí determinados, cuya tradición se encuentra determinada en el cuerpo de esta providencia, pues la adjudicación que se le hiciera de este predio al demandado señor CARLOS EDUARDO SERRANO TORRES en el trabajo de partición y adjudicación ejecutado dentro del proceso de sucesión de la señara Matilde La Rota Peñafort viuda de Torres, aprobado mediante sentencia de fecha 23 de julio de 1968, proferida por el Juzgado Cuarto Civil municipal de Bogotá, y registrada el 4 de octubre de 1969 en el Libro 1º página 538 Nº 1657, y con matrícula de la misma fecha al folio 282 Tomo 18 del Libro de Fusagasugá, carece de valor.

"Condenar al demandado Carlos Eduardo Serrano Torres a restituir a la Comunidad Franciscana para los Conventos citados, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia el bien inmueble a que se refiere el auto anterior.

"Condenar al demandado a pagar a la institución demandante los frutos que le corresponda —arrendamientos— del bien

cuya restitución se ha ordenado desde la fecha de la notificación de la demanda (28 de mayo de 1971), conforme a lo dispuesto por el artículo 1323 del C. Civil.

"Los frutos de que trata el punto anterior, se regulan en la cantidad de un mil doscientos pesos ($1.200.00) mensaules".

Serrano Torres apeló de esa deción, que luego fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la reforma consistente en que el pago de los frutos a que había sido condenado el demandado debía reducirse a $550.00 mensuales, que fue la suma pedida en el libelo.

III

Motivación del fallo impugnado

El sentenciador, previo resumen de las súplicas de la demanda y de los hechos alegados como causa petendi, interpreta las primeras afirmaciones diciendo que la parte demandante ejercita la acción reivindicatoria que consagra el artículo 1325 del C. C.

Luego de transcribir algunas doctrinas de la Corte sobre esa clase de pretensión se expresa así: "El demandante ha demostrado que la casa de Fusagasugá pertenecía al señor Carlos Eduardo Torres por haberla adquirido por permuta celebrada con Rafael Amaya Rojas... . Esta casa fue la que el propietario Carlos Eduardo Torres dejó en el testamento en usufructo vitalicio a su esposa Matilde La Rota de Torres, y en propiedad al morir ella a la Comunidad de Podres Franciscanos. Es, pues, este testamento el que sirve al demandante como título hereditario prevalente sobre la hijuela del demandado, pues, esta hijuela no le sirve ante el demandante porque la causante no era propietaria, al morir, del mencionado inmueble. 'Nemo dat quod non habet. Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet'. Debe, pues, en lo referente a la primera petición de la demanda confirmase la sentencia apelada".

Y como remate de su fallo dice el ad quem: "En lo que hace a la condenación impetrada por frutos, el Tribunal debe modificar el numeral 4º de la sentencia, reduciendo a la cantidad de $550.00 por mes la regulación de dichos frutos, porque la señalada por el Juzgado a quo implicaría extra petita, ya que el actor solamente demandó por esa suma y como no apeló en cuanto a la condena, a partir de la notificación de la demanda, debe estarse a ello".

IV

El recurso de casación

La parte demandada en el proceso formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, uno de ellos por la causal segunda de casación y los dos restantes por la primera.

Primer cargo

Dice el recurrente que, en vista de que el fallador ad quem confirmó, entre otros, el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el juez de Fusagasugá, incurrió en disonancia, por cuanto esa resolución contiene un pronunciamiento que no fue solicitado en la demanda que dio origen al proceso. En la súplica primera del libelo se solicita únicamente la declaración de que la Comunidad Franciscana de Colombia "es dueña en propiedad plena" de la casa 9-17 de la carrera 6ª de Fusagasugá, comprendida dentro de los linderos que allí se indican, y nada más.

El Juez a quo, respecto de esta súplica, además de hacer la declaración de dominio, agregó que ello conduce a que "la adjudicación que se le hiciera de este mismo predio al demandado señor CARLOS EDUARDO SERRANO TORRES en el trabajo de partición ejecutado dentro del proceso de sucesión de la señora Matilde Larrota Peñafort vda. de Torres, aprobado mediante sentencia de fecha 23 de julio de 1958, proferida por el Juzgado Cuarto Civil municipal de Bogotá y registrada el 4 de octubre de 1968 en el Libro 1º, pág. 538 Nº 1657, y con matrícula de la misma fecha al folio 282 Tomo 18 del Libro de Fusagasugá, cerece de valor".

Ante el Tribunal se puso de presente esta circunstancia, no obstante lo cual en la sentencia recurrida no se la tuvo en cuenta.

Además, en el alegato de segunda instancia, calendado el 29 de septiembre de 1976, se propuso o alegó la excepción de prescripción en favor del demandado y el Tribunal, no obstante, guardó silencio so-

bre esta excepción, con lo cual cometió incongruencia. Como la relación jurídico procesal se trabó en vigencia del Código Judicial, la excepción, al tenor de su artículo 341, fue oportunamente propuesta.

Consideraciones de la Corte

El principio de la congruencia en los fallos judiciales esta consagrado expresamente por el artículo 305 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, por lo que "no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del prentendido en la demanda".

De acuerdo con la ley procesal, es el demandante quien señala los límites dentro de los cuales el juzgador puede proferir su decisión. A éste le compete fallar sobre todo lo pedido, ni más ni menos, e incumple su deber si se abstiene de hacer pronunciamientos sobre súplicas que le han sido formuladas o extralimita sus funciones y rebasa su competencia cuando decide sobre puntos que no le fueron propuestos. Estos son, en pocas palabras, los casòs de **plus petita, extra petita y minima petita** a que tantas veces se ha referido la Corte y que configuran la causal de incongruencia que establece el aparte 2º del artículo 368 del C. de P. Civil, como motivo para casar el fallo recurrido.

En el caso de esta litis no se presenta la inconsonancia o desarmonía denunciada, pues, de un lado, el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia del a quo, confirmado íntegramente por el Tribunal, solo contiene una declaración: la de que el inmueble litigado pertenece a la Comunidad Franciscana de Colombia. La agregación que allí figura, es la explicación del fundamento de la declaración anterior y no una nueva resolución. En efecto, al confrontar el Juez los títulos presentados por las partes encontró que era prevalente el de la demandante, porque el del demandado carecía de valor, desde luego que por la muerte de su causante que era usufructuaria solamente, el derecho de usufructo se había consolidado con la nuda propiedad en cabeza de la Comunidad Franciscana. Por tanto, la resolución primera del fallo ha de entenderse únicamente como declaración de dominio.

De otro lado, la excepción de prescripción, alegada por el demandado, fue implícitamente rechazada por el Tribunal, pues al hallar que era de mejor linaje el título del demandante, tácitamente afirmó que la prescripción no estaba probada, como en verdad no lo fue, según se explicará al despachar los dos cargos restantes. Por ende, sí se decidió, aunque de manera tácita, sobre la dicha excepción.

El cargo de inconsonancia, de consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

Lo propone así el recurrente:

"Con fundamento en la causal primera de casación acuso la sentencia del Tribunal de haber violado indirectamente los artículos 669, 673, 765, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1323 y 1325 del C. Civil, por haberlos aplicado indebidamente al caso litigado, a causa de los errores de hecho" que adelante se puntualizan.

Desarrollándolo expone el recurrente, en compendio, que sin duda alguna la Comunidad demandante ejercitó la acción reivindicatoria que consagra el artículo 946 del C. Civil, la cual debió negarse, pues falta su primer elemento axiológico, desde luego que no probó tener derecho de dominio sobre el inmueble que posee el demandado Carlos Eduardo Serrano Torres. Agrega que era deber ineludible de la demandante, para triunfar en su pretensión reivindicatoria, "aportar la prueba de que en el proceso de sucesión del causante Carlos Eduardo Torres se le adjudicó la nuda propiedad del inmueble en cuestión, que le fue legada por él, para que su pretensión pudiera ser acogida. Y la falta de esa prueba en el proceso salta al ojo"; que "por toda prueba adujo la parte demandante el testamento mediante el cual Carlos Eduardo Torres instituyó a la Comunidad de Padres Franciscanos, con sede en los Conventos de San Luis de Ubaté y de Tunja, la nuda propiedad de la casa 9-17 de la carrera 6ª de Fusagasugá, por partes iguales, y la aceptación que hizo de ese legado en la Escritura de 3 de diciembre de 1970, Notaría 6ª de Bogotá, diez años después

de haberse liquidado la sucesión de Carlos Eduardo Torres, y 17 meses después de la de Matilde La Rota viuda de Torres, en la cual se adjudicó ese inmueble al demandado Carlos Eduardo Serrano Torres como único y universal heredero de aquélla".

De estas premisas, el censor concluye:

"Por virtud de ese testamento, el testador Carlos Eduardo Torres defirió el legado en cuestión a la Comunidad Franciscana. Mas como la delación de una asignación, según el artículo 1013 del C. C., 'es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla', mientras no se acepte no se tiene la calidad de heredero o legatario, y la aceptación ha de producirse antes de que se liquide la herencia respectiva, a fin de que se le haga la respectiva adjudicación en el trabajo de partición. Sólo así adquiere el bien de que se trata por el modo de la sucesión. El solo testamento, sobra decirlo, no constituye título traslaticio de dominio y, por lo mismo, no convierte el legatario en propietario de la cosa legada".

Y remata sus argumentaciones así:

"La demandante cree que como en el testamento se le dejó la nuda propiedad del inmueble mencionado, al morir la usufructuaria se consolidaba en su cabeza la propiedad plena del mismo. Craso error, pues para que el fenómeno de la consolidación de la propiedad ocurra, es condición sine qua non que la nuda propiedad se halla radicada en cabeza del nudo propietario; y para que la adquiera es menester un título traslaticio de dominio, que, tratándose del legatario, está consituida por la adjudicación que de la misma se le haga en la partición. En el caso sub lite no ha habido tal adjudicación".

Luego transcribe lo que enseña Carrizosa Pardo sobre las reivindicaciones que puede intentar el heredero, no el legatario, para concluir denunciando los siguientes yerros del Tribunal:

"a) No tomó nota de que la pretensión reivindicatoria la aduce la demandante proprio nomine, no como legataria de Carlos Eduardo Torres, y que pide para sí, no para la comunidad herencial, con lo cual alteró la objetividad de la demanda introductoria de este proceso al ver en ella algo que no expresa.

"b) No vio que el testamento otorgado por Carlos Eduardo Torres en el cual instituye a la demandante legataria del inmueble vindicado, constituye apenas un llamamiento a ésta para que acepte o repudie la herencia, en modo alguno un título traslaticio de dominio, incurriendo así en evidente yerro fáctico al ver en ese instrumento algo que no contiene (C. 1, fls. 1, a 4).

"c) No percató que la aceptación de la herencia hecha por la demandante diez años después de liquidada la herencia del causante Carlos Eduardo Torres, tampoco constituye título traslaticio de dominio y, por lo mismo, no convierte a aquélla en titular de la nuda propiedad que le fue legada (C. 1. fl. 9). Cayó, por tanto, el sentenciador en manifiesto yerro fáctico al ver en esa acetpación algo que no contiene.

"d) Tuvo por demostrada la calidad de nudo propietario de la Comunidad demandante, sin que en el proceso obre la prueba de la adjudicación que de la nuda propiedad del inmueble que reivindica se le hubiera hecho en el proceso de sucesión del testador Carlos Eduardo Torres. Incidió así en manifiesto yerro fáctico por suposición de prueba.

'd) Dio por probado el derecho de dominio pleno de la demandante sobre el inmueble memorado, al confirmar el numeral 1º de la sentencia de primer grado en el cual se declara que 'la Comunidad Franciscana de Colombia ... es la dueña legítima del bien inmueble' a que se ha hecho referencia, sin existir prueba alguna demostrativa del derecho de dominio de la demandante sobre el citado bien. Incurrió, por tanto, en evidente error de hecho, por suposición de prueba, contrariando la evidencia que surge del proceso.

"e) No vio el testamento otorgado por Matilde La Rota vda. de Torres mediante la Escritura 1010 de marzo 10/65 de la Notaría 6ª de Bogotá, por el cual instituyó a Carlos Eduardo Serrano Torres su heredero universal, (C. 1º fl. 60), ni que por habérsele adjudicado el inmueble reivindicado en la sucesión de ésta, es un causahabiente suyo y un sucesor de Carlos Eduardo Torres en el dominio de ese bien.

"f) No se dio cuenta el Tribunal de que, por el motivo apuntado, el demandado no

es un tercero que derive su posesión de un heredero putativo, sino de un legítimo heredero de Carlos Eduardo Torres".

Tercer cargo

Denúnciase aquí quebranto directo, por aplicación indebida, de los artículos 669, 663, 765, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 1323 y 1325 del C. C.

Insiste el censor en que la pretensión deducida en la demanda es la reivindicatoria o acción de dominio; que el Tribunal consideró que de ella puede hacer uso el heredero, al tenor del artículo 1325 **ibídem**, para obtener la restitución de las cosas hereditarias que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos; que el **ad quem** consideró que la memoria testamentaria de Carlos Eduardo Torres, en la que instituyó usufructuaria de la casa de Fusagasugá a Matilde La Rota y nuda propietaria a la Comunidad Franciscana, es título de propiedad prevalente contra la hijuela del demandado que se le formó en la sucesión de Matilde, quien al morir no tenía derecho de dominio en ese inmueble. Con estos supuestos expresa el censor que "el heredero", antes de la partición no puede reivindicar para sí sino para la comunidad hereditaria e insiste en que para actuar **proprio nomine** requiere que ya se le haya adjudicado el objeto que reivindica. Reconoce luego que "el legatario", quien también es sucesor **mortis causa**, tiene como título de su asignación el testamento y como modo la sucesión por causa de muerte, pero agrega que "mientras no acepte el legado y se le adjudique en la sucesión la especie legada, el legatario no adquiere el derecho de dominio sobre la misma" y no puede ejercitar la acción reivindicatoria. (Subraya la Corte). Que el Tribunal, "no obstante no existir como título a favor de la demandante sino el testamento de Carlos Eduardo Torres en que se le asignó la especie reivindicada", decretó la reivindicación, con lo cual quebrantó directamente las normas indicadas al principio de la censura.

Consideraciones de la Corte

1. Como lo declara paladinamente el artículo 1008 del C. C., se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. Cuando el asignatario es llamado a suceder en el todo, en una cuota parte, o en el remanente, su título es universal, porque su vocación hereditaria tiende, no a cosas singulares del activo, sino al conjunto de derechos y obligaciones que formen el patrimonio del difunto, es decir a la universalidad de la herencia; y cuando el asignatario es llamado a suceder en una o más especies o cuerpos ciertos, o en una o más especies indeterminadas de cierto género, su título es singular, precisamente porque el llamamiento solo le da derecho a esas precisas cosas o cantidades singularmente consideradas. Quien sucede a título universal es heredero, y se llama legatario quien sucede a título singular. No obstante que ambos asignatarios son sucesores **mortis causa**, la naturaleza misma de la vocación sucesoria de uno y otro, impone diferencias tales que no es posible confundirlas.

En la especie de esta **litis**, a nadie se escapa que la Comunidad Franciscana de Colombia fue instituida legataria, no heredera, de Carlos Arturo Torres Pinto, pues el testador la instituyó asignataria de la nuda propiedad de una especie o cuerpo cierto, consistente en el inmueble de la carrera 6ª de la población de Fusagasugá. Por su parte, el usufructo de ese mismo bien singular le fue dejado a la viuda del causante, Matilde La Rota.

2. Ahora bien, aunque durante el proceso de sucesión testada de Carlos Eduardo Torres Pinto, la citada Comunidad legataria parece haber guardado silencio sobre si aceptaba o no el legado que se le defirió con la muerte de aquel, pues no parece haber intervenido en el trámite respectivo, es lo cierto que por virtud de lo dispuesto en el artículo 1296 del C. C., y por tratarse de un típico legado de especie, los efectos de la aceptación que la Comunidad Franciscana hizo de aquel legado por medio de la Escritura 10531, corrida el 3 de diciembre de 1970 ante el Notario 6º de Bogotá (fl. 9 del cuaderno 1º), se retrotraen al mo-

mento en que esa asignación a título singular le fue deferida, es decir al momento en que el testador falleció. Por ende, no queda duda de que, desde la muerte del testador, a la Comunidad Franciscana le fue deferida la nuda propiedad del inmueble dicho y que esta persona jurídica de derecho canónico sucedió al causante en ese específico derecho, a partir del mismo instante de su muerte. No obstante que la asignación testamentaria sólo fue aceptada en el año de 1970, los efectos de esa aceptación, por ministerio de la ley, se retrotraen al momento de fallecer el testador (Art. 1296, ya citado).

3. Y puesto que el asignatario de cuerpo cierto, como es el dejado en este caso a la Comunidad Franciscana, no es llamado a la universalidad hereditaria, a la totalidad o a una cuota del patrimonio del difunto, sino el dominio nudo de la especie legada, es apenas lógico que aceptando la asignación, el legatario adquiere la especie desde el momento mismo de la muerte del testador, sin que se requiera, para radicarle este derecho en su cabeza, que previamente se le adjudique la nuda propiedad en el trabajo de partición, que el Juez lo apruebe y que se registren estos actos en la competente oficina de instrumentos públicos y privados.

Como el título de adquisición de todo legatario de cuerpo cierto es siempre el testamento, desde luego que la ley nunca hace asignaciones a título singular, institución reservada a los testadores, y como el modo de adquirir el dominio de ese cuerpo cierto es el de la sucesión por causa de muerte y no la tradición, es claro que el asignatario a quien el testador deja en su memoria testamentaria la propiedad plena o nuda de un cuerpo cierto, adquiere sobre éste el derecho de dominio desde el mismo instante en que el testador fallece, pues con su muerte se realiza el modo de adquirir llamado sucesión mortis causa que, unido al título ya preexistente: el testamento, hace al legatario que acepta titular del derecho de dominio sin que para llegar a ostentar la calidad jurídica de señor, requiérase de previa adjudicación del objeto legado, de sentencia aprobatoria de esa partición y de registro.

4. Muy distinto es el caso del heredero, quien, por ser asignatario a título universal, con la muerte del causante adquiere el derecho real de herencia que le da vocación a la universalidad, mas no el real de dominio sobre cada una de las cosas que componen el acervo sucesoral.

Entonces, si por virtud, de la aceptación, así se la califique de tardía, la Comunidad Franciscana de Colombia, desde el mismo instante de la defunción del testador Carlos Eduardo Torres Pinto, adquirió de éste, por el modo de la sucesión por causa de muerte, la nuda propiedad del inmueble de la carrera 6ª de Fusagasugá, y si por haber muerto luego la asignataria testamentaria del usufructo del mismo bien, se extinguió su derecho (Art. 865 del C. Civil) y pasó al nudo propietario, que es la Comunidad Franciscana, en quien se consolidó la propiedad plena (artículo 824 ibídem), síguese, sin ninguna hesitación, sin asomo de perplejidad, que la entidad reivindicante sí adujo cabal prueba de que es propietaria plena del inmueble cuya reivindicación pretende, puesto que presentó copia del testamento en que se le dejó ese bien como legado, lo que constituye su título justo; acreditó que el testador falleció, lo que demuestra la realización del modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte, y, de contera, comprobó el fallecimiento de la usufructuaria, hecho que consolidó en su cabeza, como nuda propietaria, los derechos de usufructo y nuda propiedad, es decir el pleno dominio.

Ahora bien, como el legatario de especie, en las condiciones apuntadas, es propietario del cuerpo cierto que se le ha legado, síguese que es titular del derecho de reivindicarlo para sí, y no para la sucesión, aún en el evento de que no se le haya hecho adjudicación del mismo. Por el contrario, el heredero, por ser asignatario a título universal, calidad que le otorga desde la muerte del causante el derecho real de herencia, pero no el real de dominio, mientras en la partición no se le adjudiquen especies, no puede demandar para sí la reivindicación de las mismas, precisamente por carecer de dominio sobre los distintos cuerpos ciertos que compone el haber herencial.

5. Descendiendo, pues, al caso de esta litis y luego de confrontarse los títulos que invocan, respectivamente, la Comunidad Franciscana de Colombia, parte demandante, y el demandado Carlos Eduardo Serrano Torres, para alegar dominio sobre el inmueble objeto de la acción reivindicatoria, será necesario concluir que es de mejor linaje el de aquélla que el de éste, no sólo por provenir del verus dominus, sino por ser más antiguo. La presunción de que el poseedor se reputa dueño, que ampara inicialmente al demandado Serrano Torres, debe ceder ante la titulación de la parte demandante, ya que, de otro lado, él no ha ganado por prescripción.

En efecto, el reivindicante no sólo ha demostrado su título de dominio adquirido por el modo de la sucesión por causa de muerte, sino que demostró el de su causante, quien se había hecho dueño por permuta celebrada con Rafael Amaya R., según consta en la Escritura 225, pasada ante el notario de Fusagasugá el 13 de febrero de 1946, debidamente registrada. Se remonta pues al título de la parte demandante a la fecha que se acaba de señalar.

Por su lado, como el título del demandado se hace consistir en la hijuela que se le formó en la sucesión de Matilde La Rota en el año de 1969, tal hijuela por sí sola no es prueba de mejor derecho en virtud de ser posterior al título del demandante. Y si la hijuela se complementara con el título de la causante, tampoco podría prevalecer, porque Matilde, por haber sido instituida solo usufructuaria de la casa de Fusagasugá, no podía, sin quebranto del principio de la buena fe, desconocer el derecho del nudo propietario, que se originaba precisamente en el testamento de su mismo causante. En tales circunstancias, aparece patente que el demandado no puede alegar prescripción ordinaria, pues habiéndose notificado la demanda el 28 de mayo de 1971, el tiempo de su posesión exclusiva no alcanza a 10 años; y si suma a la suya la de su causante tiene que hacerlo con sus vicios, lo que la convertiría de posesión regular en irregular, clase de posesión que no sirve para estructurar prescripción ordinaria y que, de otro lado, por no alcanzar a 20 años tampoco podría fundar la usucapión extraordinaria.

De lo expuesto síguese que por cuanto ni los títulos del demandado, ni la posesión que alega, son antenriores a la cadena de títulos presentada por la parte demandante, y por cuanto el lapso de posesión no genera en su favor el derecho a usucapir, el Tribunal ningún yerro cometió al conceder derecho preferente a la Comunidad Franciscana sobre la finca que se reivindica.

Por ende, los cargos no prosperan.

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1976, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Comunidad Franciscana de Colombia contra Carlos Eduardo Serrano Torres.

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

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Brevemente expongo a continuación las razones que me llevan a no compartir el criterio de la mayoría de la Sala en la decisión de este negocio.

1. Estimo que la causal segunda invocacada estaba llamada a prosperar, especialmente en cuanto la censura atribuye al sentenciador haber fallado extra petita. Basta con confrontar la primera súplica de la demanda con la decisión impugnada para advertir que en esta se hizo un pronunciamiento que no había sido solicitado, cual es el de declarar sin valor la adjudicación que se hizo al demandado de los bienes sucesorales de Matilde La Rotta de Torres.

Por este aspecto el Tribunal rebasó sus atribuciones jurisdiccionales, máxime si se tiene en cuenta que la misma parte demandante afirmó en el hecho 15ª de su libelo, que en proceso anterior había pedido que se declarara la nulidad de la partición de los bienes sucesorales de la causante atrás citada. Había, pues, dos motivos que impedían al sentenciador declarar inválida (invalidez y nulidad son términos jurídicamente sinónimos) la mencionada partición: el primero, que es el que debía tenerse en cuenta para efectos de la causal segunda de casación, que tal declaración no fue solicitada por la Comunidad Franciscana; y el segundo, por añadidura, que esa misma declaración ya había sido pedida en proceso anterior suscitado entre las mismas partes, y negada con fuerza de ejecutoria.

2. Me asalta la duda acerca de las decisiones implícitas referentes a excepciones oportuna y legalmente propuestas por la parte demandada, cuando no se trata de fallos inhibitorios o totalmente absolutorios. Si en la parte resolutiva de la sentencia no se hace ningún pronunciamiento sobre la excepción alegada ni en la motiva se le menciona en forma siquiera tangencial, la exageración del criterio expresado en la sentencia podría llevar a destruir este aspecto de la incongruencia. Toda falta de pronunciamiento sobre excepciones propuestas equivaldría a que éstas fueron negadas tácitamente. Y lo que es aún más grave. Si además el sentenciador no diera explicación alguna de esa "negativa implícita", el fallo tornaríase en contrario al ordenamiento que contiene el segundo inciso del Art. 303, en estrecha relación con el primero del artículo siguiente del C. de P. C., en cuanto a que toda sentencia debe ser motivada.

La calidad de implícita que debe tener una decisión judicial y de consiguiente la indispensable motivación respectiva, requiere que sea absolutamente inequívoca, para que en ciertos casos puede ser tenida como tal, pero no creo que sea admisible cuando es dudoso ni menos aún caundo es claro que carece por completo de ella.

Tal es lo que ocurre con la segunda fase de la misma causal a que me refiero. A mi modo de ver el Tribunal pasó por alto toda consideración sobre la excepción de prescripción ordinaria alegada por el demandado. En el fallo impugnado no se halla vestigio alguno de que la hubiera tenido en cuenta y desde luego en la parte resolutiva no recibió ningún pronunciamiento.

Estos son, en síntesis, los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala, pues considero que la causal segunda invocada en la demanda de casación ha debido recibir despacho favorable.

José María Esguerra Samper.

Bogotá, 3 de octubre de 1977

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA

Por indeterminación del objeto

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 24 de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por LEONIDAS BARRETO MORENO en frente de OSWALDO ACOSTA BONILLA.

II

Antecedentes

El 3 de julio de 1973, mediante Escritura pública número 1172 que en esa fecha se otorgó en la Notaria Primera de Villavicencio y que inscribió el 14 de agosto siguiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de allí, se ajustó entre Leonidas Barreto Moreno y Oswaldo Acosta Bonilla el contrato de compraventa, cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes.

a) el primero expresó vender al segundo, y éste comprar a aquél, "un globo de terreno" de una extensión superficiaria de 135 hectáreas, "que segrega de mayor extensión conocida con el nombre de 'EL RESPLANDOR', finca esta ubicada en la fracción de PACHAQUIARO en jurisdicción municipal de Villavicencio...".

Expresaron los contratantes que el globo de terreno materia de la enajenación se llamaría en adelante "LA ESMERALDA", y que quedaría comprendido dentro de estos linderos especiales: "por el Sur, en cien metros (100.00 M) aproximadamente, con la carretera de 'Mata de Yuca' de por medio con predios de Rafael Reyes; por el Oriente, con propiedad que se reserva el vendedor Leonidas Barreto Moreno, los que serán deslindados una vez se haya efectuado la correspondiente mensura; por el Norte, con el Río Negro y con predios de Pedro Moreno; y por el Occidente, con predios de Reinaldo Gutiérrez y de Pedro Moreno";

b) mediante la cláusula segunda de dicho pacto, expresó el enajenante Barreto Moreno que "lo que es materia de esta venta y lo que se reserva para sí...", lo había adquirido él por compra hecha en 1953, mediante Escritura número 5661 de 21 de noviembre;

c) acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de $300.000.00, que el comprador pagó de contado en ese momento y que el vendedor declaró "haber recibido a su entera satisfacción"; y

d) Finalmente, en la cláusula cuarta del contrato, expresó el vendedor que "hace entrega desde hoy de lo vendido" al comprador y éste manifestó a su vez "que ya ha recibido lo comprado a satisfacción".

III

El proceso

1. Mediante escrito que fue repartido el 22 de julio de 1976 al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el citado Leonidas Barreto Moreno demandó al mentado Oswaldo Acosta Bonilla, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, la justicia hiciese los siguientes pronunciamientos:

a) que la sobredicha Escritura pública número 1172 de 3 de julio de 1973, otorga-

da en la Notaría 1ª de Villavicencio, contentiva del contrato de compraventa de la finca raíz denominada "La Esmeralda", distinguida por las especiales alindaciones que se han consignado atrás, "es NULA por cuanto no están determinados los linderos en forma inequívoca, por lo que no se sabe hasta donde se extiende la finca materia de la aludida escritura";

b) que, como consecuencia de la anterior declaración, "se ordenen las restituciones mutuas, conforme a la ley"; y se disponga "la cancelación de la Escritura dicha y de sus registros"; y

c) que se condene al demandado en las costas procesales.

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

a) que una vez otorgada la referida Escritura pública, y dada la vaguedad de los linderos indicados en ella para la finca vendida, surgieron entre sus otorgantes "graves diferencias, que se han convertido en numerosos procesos, y que pueden culminar en una tragedia, porque tanto el vendedor como el comprador consideran que su contraparte es un pícaro, un ladrón";

b) que, "hasta el momento", comprador y vendedor no han logrado ponerse de acuerdo para efectuar la correspondiente medida a fin de señalar el linde oriental del predio "La Esmeralda", tal cual lo dice la escritura;

c) "Es evidente que el lindero oriental —dice el demandante en el hecho 5º de su demanda— no es determinable ya que la citada Escritura pública simplemente dice: 'por el Oriente, con propiedad que se reserva el vendedor LEONIDAS BARRETO MORENO, los que serán deslindados una vez se haya efectuado la correspondiente mensura' "; y

d) que la indicación incompleta, en la escritura correspondiente, de los linderos de la finca vendida es irregularidad capaz de invalidar el instrumento, puesto que "la determinación del área a que se refiere (el título) se hace muy difícil y en ocasiones imposible".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de su demandante; calificó de "temeraria" la acción incoada por éste.

Y luego de acetpar la celebración del contrato de compraventa en los términos descritos en la sobredicha escritura 1172, manifestó que la línea divisoria de los predios "El Resplandor" y "La Esperanza" fue aplazada "para cuando se hiciera la mensura de las 135 hectáreas vendidas"; que él, como comprador, procedió a tomar las medidas de la finca, pero que en vista del desacuerdo con su vendedor "para señalar la línea divisoria", se vió en la necesidad de demandar judicialmente el deslinde, proceso que está aún en trámite; y que ciertamente, como lo afirma el demandante, por causa de dicho pacto han surgido entre los litigantes algunos pleitos: cita en efecto el instaurado por el vendedor contra el comprador para obtener la rescinsión del contrato por lesión enorme, "proceso que se encuentra terminado y pendiente de hacer efectiva las costas".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de algunas pruebas pedidas por las partes se continuó el trámite del proceso; y agotada que fue la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 15 de diciembre de 1976, mediante la cual absolvió al demandado de los cargos formulados e impuso las costas al demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la parte desfavorecida contra lo así decidido, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, en fallo de 24 de marzo del presente año, confirmó el apelado.

IIII

Los fundamentos de la sentencia de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio, en el inicio de las motivaciones de su fallo dice el Tribunal que "del contenido literal de la pretensión principal podría deducirse, que no se demanda la nulidad del instrumento en el cual se recogió el contrato de compraventa del inmueble por falta de alguno de los requisitos que para su otorgamiento prescribe la ley, sino que la demanda versa o recae contra la nulidad del acto o contrato mismo

por no ajustarse a llenar los requisitos de fondo y de forma que le son inherentes".

Hecha por él la interpretación de la demanda, el ad quem se detiene luego en el análisis de la nulidad de los actos jurídicos causada por la omisión de los requisitos que la ley prescribe para el valor de los mismos. Apunta en seguida que "la determinación del inmueble objeto del contrato por sus linderos es de rigor cuando se trata de venta de un cuerpo cierto de esta especie".

2. Concretando sus consideraciones al caso sub lite, asevera el sentenciador de segundo grado que "en realidad, no es que falte el alindamiento del sector oriental, pues al hacer la especificación se dijo que por ese sector lindaba con la propiedad que se reserva el vendedor con lo cual se determinaba el lindero por este punto cardinal. Así quedaba plenamente determinado el terreno objeto de la venta aunque la longitud de él se reservara para posterior medición de la parte del fundo del vendedor que era transferido en el negocio".

Advierte en seguida el Tribunal que el "requisito ad solemnitatem es el de la venta por escritura pública por tratarse de inmuebles de modo que la escritura como instrumento, no está viaciada de nulidad pues no aparece que en su confección se hubieran omitido formalidades que le son propias"; y añade que, de otra parte, el contrato de compraventa contenido en dicho instrumento público tampoco está afectado de nulidad, "porque no se da ninguno de los vicios capaces de afectar su validez al tenor de los artículos 1740 y 1741 del C. C."

3. Como razón corroborativa de la conclusión a que en su sentencia llega, observa el Tribunal que si en una de las cláusulas de la escritura el vendedor expresó que había entregado materialmente el fundo al comprador, y éste por su parte manifestó haberlo recibido satisfactoriamente, se impone aceptar que el bien materia de la compraventa sí estaba determinado, desde luego que "la entrega debió efectuarse por los linderos indicados en el mismo instrumento puesto que de otra manera no podía haberse realizado".

Añade, finalmente, que la mesura de la parcela vendida, que según la escritura debía hacerse posteriormente, "bien puede llevarse a efecto por alguno de los medios que la ley tiene establecidos para ese evento o por acuerdo directo de las partes"; pero que su no ejecución "tampoco puede esgrimirse como causal para demandar la nulidad del contrato celebrado con sujeción a las exigencias legales".

IV

El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusa de quebrantar, indirectamente, "los artículos 1494, 1740 y 1741 del Código Civil, por aplicación indebida, proveniente de error de hecho, que aparece de modo manifiesto en el proceso".

2. En desarrollo de la acusación asevera el recurrente, en primer lugar, que la Escritura pública Nº 1172 de 3 de julio de 1973, "fue erróneamente apreciada por el Tribunal, porque consideró que" con los linderos consignados en ella, los cuales transcribe aquí la censura, "quedaba plenamente determinado el terreno objeto de la venta...", cuando en rigor de verdad "una alinderación así hecha no determina el inmueble en forma inequívoca, no permite saber qué fue lo que compró el Dr. Oswaldo Acosta, ni qué se reservó don Leonidas Barreto..."

Considera el acusador, y así lo invoca como fundamento cardinal de la censura, que los linderos descritos en la Escritura pública referida, especialmente el del costado oriental de la finca materia de la compraventa, "es muy vago.... porque se limita a expresar: "con propiedad que se reserva el vendedor, Leonidas Barreto Moreno, y agregar algo muy importante: que por ese lado los predios no están delimitados, ya que afirma: los que serán delimitados una vez que se haya efectuado la correspondiente mensura".

"De lo cual ha resultado —añade el impugnador— que mientras el vendedor afirma: 'Yo me reservé hasta el punto Z', el

comprador afirma: 'Usted no se reservó sino hasta el punto M' ".

3. Concretando el yerro de facto que denuncia, dice el censor que consiste en haberse considerado por el sentenciador que el predio objeto de la compraventa está determinado por sus linderos, cuando, añade el impugnante, "la alinderación consignada en la Escritura pública número 1172 de 3 de julio de 1973, de la Notaría Primera de Villavicencio, no determina plenamente el terreno objeto de la venta y de tal escritura...."

4. Continuando en el desenvolvimiento de la censura, asevera el recurrente que "es claro, también, que el H. Tribunal ha ignorado una prueba palpable del expediente: la escritura pública mencionada en lo que en su sentido natural consigna: una alinderación vaga, imprecisa, antitécnica, en que se afirma que uno de los lados de la finca materia de ella se delimitará después, razón por la cual es materialmente imposible ubicar esa finca en el universo mundo; y que ese error fue determinante para tomar en el fallo decisiones contrarias a la ley..."

Considera la censura que el yerro denunciado es evidente porque se aprecia al primer golpe de vista; que "basta leer la escritura materia del debate, para darse cuenta que no determina la finca materia del negocio, y la parte resolutiva de la sentencia, para darse cuenta del error de quienes juzgaron".

V

Consideraciones de la Corte

1ª) Al proceder la Sala a decidir el cargo que con apoyo en la causal primera de casación le formula en su demanda el recurrente a la sentencia que combate, advierte, al primer golpe de vista, que adolece ostensiblemente del defecto de técnica de acusar aplicación indebida de normas sustanciales que el Tribunal no aplicó en su fallo, defecto que torna necesariamente impróspera la acusación. En efecto:

A) El quebranto de una norma sustancial en la especie de aplicación indebida se presenta cuando, entendida rectamente la norma en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión un precepto legal impertinente. La indebida aplicación emana, pues, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica.

Todo lo cual presupone, como insistentemente lo ha dicho la doctrina de la Corte y como es apenas obvio, que el quebranto de una norma sustancial en la especie de aplicación indebida, ni por asomo puede darse cuando el precepto sustancial no se hizo actuar en el fallo acusado.

B) En el caso de este proceso el juzgador ad quem no aplicó en su fallo los artículos 1740 y 1741 del C. C. Estimó el Tribunal, y es este el fundamento cardinal en que apoya su fallo desestimativo de la pretensión deducida por el demandante, que tanto el contrato de compraventa ajustado entre demandante y demandado, como la escritura pública que lo contiene, reunen los requisitos exigidos por la ley para ellos y que por consiguiente ésta y aquél son jurídicamente eficaces. Dice, en suma, que ni la compraventa ni la escritura están afectadas de nulidad, "porque no se da ninguno de los vicios capaces de afectar su validez al tenor de los Arts. 1740 y 1741 del del C. C.".

El contexto de la sentencia impulsa a aceptar, pues, que en ella no se hicieron actuar los precitados artículos 1740 y 1741 del C. C., sencillamente porque el juzgador no encontró demostrados, en el presente caso, los supuestos de hecho que según ellos son necesarios para concretar la voluntad abstracta del legislador contenida en dichas normas. Y si evidentemente no se aplicó ninguno de dichos dos textos legales, ni tampoco el 1494 ibídem, errado resulta acusar el fallo del Tribunal por aplicación indebida de dichos preceptos, como aquí lo hace el recurrente.

C) Sobre el aserto de que cada uno de los tres conceptos del quebranto de la ley sustancial, o sea la inaplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea, es diferente y tiene autonomía propia, la doctrina ha llegado a sostener "que la Corte no puede tener en cuenta los motivos

de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

Reiterando su doctrina en el punto, posteriormente dijo la Corporación que "el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil privan de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y limitada su capacidad decisoria, a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni modificar su sentido, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente" (CXXXII, 205).

2ª) Por implicar conceptos contradictorios y por ende incompatibles, es errado denunciar simultáneamente, frente a la apreciación que el Tribunal hace de una prueba, error de hecho porque tal medio fue equivocadamente interpretado y porque el sentenciador ignoró la existencia de dicha prueba en el proceso, tal cual lo hace el recurrente en relación con la Escritura pública Nº 1172 de 3 de julio de 1973.

Puesto que si, como lo dice en primer lugar la censura, "esta prueba fue erróneamente apreciada por el H. Tribunal", eso significa que éste no ignoró la existencia en el proceso de dicho elemento probativo; y si, como lo asevera en segundo lugar, el juzgador "ha ignorado una prueba palpable del expediente", no pudo éste atribuirle una interpretación equivocada.

3ª) Pero si haciendo abstracción de los defectos de técnica indicados debiera la Corte estudiar en el fondo el cargo formulado, tendría que decir, después de cotejar el contenido de la Escritura pública Nº 1172 de 3 de julio de 1973 y la conclusión que en el punto sacó el sentenciador, que éste no incurrió en el yerro de hecho que se le enrostra en la censura, porque ni dejó de ver en su fallo tal prueba ni menos alteró el contenido objetivo que ella muestra.

Luego de transcribir los linderos que según la citada escritura pública se dieron a la finca "La Esmeralda", refiriéndose particularmente a la alindación de su costado oriental dijo el sentenciador: "En realidad, no es que falte el alindamiento del sector oriental, pues al hacer la especificación se dijo que por ese sector lindaba con la propiedad que se reserva el vendedor, con lo cual se determina el lindero por ese punto cardinal"; y agregó que si bien en el instrumento se expresó que la demarcación del lindero en ese punto, se haría "una vez se haya efectuado la correspondiente mensura" de la porción de la finca "El Resplandor" que fue objeto de la compraventa, tal circunstancia no le restaba determinación al predio enajenado, ni menos podía invocarse con motivo de "nulidad del contrato celebrado con sujeción a las exigencias legales".

No se trata pues de que el sentenciador ad quem hubiera dejado de ver que, según la escritura contentiva de la compraventa del fundo "La Esmeralda", la demarcación de su lindero oriental se haría posteriormente: cuando se midieran las 135 hectáreas enajenadas. Lo que ocurre es que para el fallador esa estipulación en nada mengua la posibilidad de determinar claramente la cosa vendida, a tal punto que, agrega con razón la sentencia, el bien enajenado fue entregado por el vendedor al comprador desde entonces, y éste lo recibió satisfactoriamente.

4ª) Las razones anteriores son suficientes para desestimar la acusación. Pero si con criterio de amplitud la Corte debiera estudiar la tesis esgrimida por el recurrente, se vería precisada a rechazarla por ser claramente ilegal y por ende inadmisible. En efecto.

De conformidad con las disposiciones legales regulativas de la compraventa, el objeto es uno de los elementos esenciales de este contrato: el Art. 1857 del C. C. habla de su perfección sobre la existencia del acuerdo de las partes en la cosa y en el precio. Por consiguiente, cuando falta alguno de dichos dos elementos la compraventa no existe como tal, o, por lo menos, degenera en acto jurídico distinto.

5ª) Establece el artículo 1866 ibídem **que "pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley". Y si el objeto de la obligación del vendedor recae sobre**

la cosa vendida (Art. 1849), tiene que seguirse que la formación de la compraventa requiere el acuerdo de las partes sobre el citado objeto.

Sabido es que todo acto jurídico debe tener un objeto claramente determinado, requisito que hace relación a la existencia misma del vínculo de derecho, desde luego que la falta de certeza de las prestaciones que constituyen dicho objeto impide al acreedor saber qué es lo que puede exigir, y el deudor qué es a lo que está obligado.

No obstante, para que el objeto de la compraventa exista no es menester que esté determinado; es suficiente que el contrato contenga los elementos que permitan conocerlo con certeza, es decir, que sea determinable. Dice en efecto el artículo 1518 ejusdem que "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que 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 sirvan para determinarla..."

6ª) En el caso presente la Escritura pública Nº 1172 de 3 de julio de 1973 habla de la venta por Barreto Moreno a Acosta Bonilla de "un globo de terreno" de 135 hectáreas, porción ésta que sería segregada de la finca "El Resplandor" perteneciente al vendedor, ubicada en la fracción de "Pachaquiaro" de la jurisdicción de Villavicencio. Y en el instrumento dicho, a más de indicarse los linderos del fundo vendido por tres de sus costados, se dijo: "por el Oriente, con propiedad que se reserva el vendedor.. , los que serán deslindados una vez se haya efectuado la correspondiente mensura".

Si, pues, la compraventa tuvo por objeto una parte o porción (135 hectáreas) de la finca "El Resplandor"; y si además se indicó de qué parte de ésta debería segregarse la parcela enajenada, dándose las alindaciones claras de que por lo menos tres de sus costados, necio resulta decir que la cosa vendida no está determinada por el hecho de que la demarcación del lindero oriental, que no el lindero en sí mismo considerado, se hubiera pospuesto hasta la mensura del predio materia de la finca. Afirmar, como lo hace la censura, que en tales términos el vendedor no sabe qué debe entregar, ni el comprador lo que debe recibir, es, ni más ni menos, atribuir imposibilidad de ocurrencia a hechos que ya han sucedido: la entrega de lo vendido por el vendedor al comprador y la recepción por éste de aquello.

Reconociendo eficacia jurídica a las ventas cuyo objeto es la porción de cierto predio con indicación de la cabida de aquélla, pero no de los linderos correspondientes a la misma (genus limitatum), en ocasión pretérita dijo la Corte: "En este evento se configura una venta de cosa corporal inmueble determinada por su género y por su cantidad, conforme a las prescripciones del artículo 1518 del Código Civil. En efecto, al señalarse precisamente el predio del cual habrán de tomarse las varas de terreno vendidas, no cabe duda de que dicho predio constituye el género próximo (por su ubicación, alindación, etc.); y como, además, está indicada la cabida o cantidad vendida, se dan los dos requisitos legales para todo acto que verse sobre la dación o entrega de cosas corporales de género" (Cas. Civ., noviembre 29 de 1967, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

Por lo dicho, se desestima el cargo.

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 veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR IMPUTACION DE FALSO DELITO

Cómo ha de ser el daño indemnizable. Cuándo se incurre en abuso del derecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.— Bogtá, D. E., octubre once de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por demandante y demandados contra la sentencia de 25 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario instaurado por IGNACIO ANTONIO MACIAS GOMEZ en frente de ALFONSO FIESCO TOLEDO y otros.

II

Antecedentes

1. En escrito de 17 de diciembre de 1970 Alfonso Fiesco Toledo, Ignacio Antonio Fiesco Toledo, María Toledo vda. de Fiesco y María Felisa Fiesco de Liévano denunciaron penalmente ante la Oficina Seccional de la Procuraduría de Garzón a Ignacio Antonio Macías Gómez, por los siguientes hechos:

"El día lunes 14 del corriente mes por razones de tener un compromiso en la ciudad de La Plata hubimos de viajar y dejar nuestra casa de habitación denominada 'Palmira', vereda de Lagunilla, comprensión jurisdiccional del municipio de Tarquí, al cuidado de los señores HECTOR CASTRO y MISAEL IQUIRA. Aproximadamente a las once de la mañana irrumpió en la casa de habitación de la hacienda atrás citada el sujeto MACIAS GOMEZ y contra la voluntad de los dueños, o mejor, de los trabajadores bajo cuya responsabilidad se hallaba el inmueble en esos momentos, procedió a penetrar a las piezas que habían quedado sin cerrar, indagando por el señor HERMOGENES LIEVANO BONELO quien también había viajado a La Plata. El sujeto denunciado llegó hasta cometer el abuso de entrarse a la cocina y destapar las ollas con un palo, lo mismo que al cuarto sillero y codiciar las monturas".

2. Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tarquí, a donde la Procuraduría remitió la anterior denuncia, ésta fue ratificada por los denunciantes.

Y luego de haber proferido el correspondiente auto cabeza de proceso, el juzgado dicho oyó en declaración indagatoria al denunciado, quien entonces manifestó que el 14 de diciembre de 1970 "fue en compañía de unos agentes de la policía, a quienes no les sabe el nombre, hasta el frente de la finca Palmira, quedándose parado en la carretera que de Pital conduce a Tarquí, mientras los agentes que iban en su compañía entraban hasta la casa de la finca, a averiguar tanto por el novillo de marras como por el señor Hermógenes Liévano Bonelo, pero que él en ningún momento entró a la casa de la finca..."

3. Adelantada que fue la investigación correspondiente, mediante auto de 8 de mayo de 1972 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón dispuso "LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO CRIMINAL" al denunciado Macías Gómez, por el "delito de VIOLACION DE DOMICILIO"; y, además, ordenó la detención de éste.

4. Por virtud de la apelación que contra dicha providencia interpuso el encausado, el proceso penal subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, cuya Sala Penal, mediante auto proferido el 9 de agos-

to de 1972 y en "desacuerdo con su colaborador Fiscal", revocó el apelado y en su lugar sobreseyó definitivamente "a favor de IGNACIO ANTONIO MACIAS GOMEZ, por los cargos que se le han formulado"; ordenó, en consecuencia, poner en libertad al sindicado.

III

El litigio

1. Así las cosas, mediante libelo de 18 de julio de 1975 el citado Ignacio Antonio Macías Gómez demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Garzón a los mentados María Felisa Fiesco Toledo de Liévano, María Toledo vda. de Fiesco, Alfonso e Ignacio Antonio Fiesco Toledo, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) que los demandados son civilmente responsables de los perjuicios de diverso orden, ocasionados al demandante "por haberlo denunciado criminalmente por un falso delito de violación de domicilio y haberlo hecho someter a la difamación y a la afrenta ante la sociedad y ante su familia con su captura, con hacerlo rendir indagatoria ante autoridades públicas, con hacerlo arraigar y limitar su libertad durante más de seis meses";

b) que, como consecuencia, se los condene a pagar al demandante, a título de indemnización por los daños causados, las sumas de $1.000.000.00 como valor de los perjuicios materiales y de $200.000.00 por concepto de perjuicios morales, o, en su lugar, las cantidades que por dichos aspectos se acrediten en el proceso o en el incidente de liquidación posterior;

c) que se obligue a los demandados, además, a dar "publicación por su cuenta, y como reparación moral, el auto de sobreseimiento definitivo dictado en favor del demandante por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA en el proceso seguido por 'violación de domicilio', en que se hizo aparecer como ofendidos a los demandados y como sindicado al demandante"; y

d) que se les condene también al pago de las costas procesales.

2. Además de los hechos que brotan de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los que sustancialmente quedan sintetizados en los siguientes:

e) que no obstante que él no entró el 14 de diciembre de 1970 a la finca "Palmira", de propiedad de los demandados, pues que se paró en frente de ella en la carretera mientras dos agentes de la policía entraron a la casa a averiguar "por un novillo", los Fiesco Toledo le formularon la denuncia criminal a que atrás se hizo alusión;

b) que como consecuencia de la referida denuncia, Macías Gómez fue capturado y detenido en la Cárcel del Circuito de Garzón desde el 10 de mayo hasta el 10 de agosto de 1972, fecha esta última en que se le puso en libertad en cumplimiento del sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Neiva el día anterior;

c) que el denuncio penal contra él formulado fue producto de la temeridad de sus denunciantes, puesto que "lo que ocurrió el 14 de diciembre de 1970 en la finca Palmira no fue cosa distinta a explotarse maliciosamente la llegada del señor Macías Gómez a la casa de su enemigo Hermógenes Liévano", tal cual lo expresó el Tribunal de Neiva en su providencia de sobreseimiento;

d) en el hecho 6º de su demanda expresa el demandante que él es "persona sumamente activa, emprendedora, trabajador y dedicado por completo en forma personal y directa a la administración y manejo de sus bienes. La separación intempestiva del manejo de los mismos en virtud del denuncio que injustamente formulara la parte demandada, le ocasionó graves pérdidas, tanto en el campo moral como en el material...."; y

e) después de concretar algunos de los daños que dice haber sufrido, repite el demandante que la denuncia criminal formulada contra él por los Fiesco Toledo "es un acto más de hostilidad y represalia, debido a la enemistad existente entre estas dos familias y como tal conducta causó graves daños en la honra y bienes del demandante, éstos deben ser reparados en su integridad, para que así se haga justicia".

3. Oportunamente todos los demandados contestaron la demanda oponiéndose a que

la justicia acogiera las pretensiones de su demandante, las cuales, expresaron, carecen de "fundamentos jurídico-morales" y responden simplemente "a una nueva y elocuente demostración, de la inveterada campaña de hostigamiento y perturbaciones de que ha hecho Macías Gómez a la familia... Fiesco Toledo".

En cuanto a los hechos invocados en la demanda, aceptaron los atinentes al denuncio penal y a sus consecuencias procesales, pero negaron la temeridad atribuida a ellos, puesto que, añadieron, "el propio Procurador del Distrito en ese entonces les insinuó establecer el denuncio criminal ante el inaudito atropello que conoció personalmente en la misma tarde del lunes 14 de diciembre de 1970".

4. Trabada así la relación procesal, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de noviembre de 1976, mediante la cual denegó todas las súplicas de la demanda, absolvió a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formularon en su contra e impuso al demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicha providencia por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el que, luego de haber rituado la instancia, por su sentencia de 25 de febrero del presente año decidió la controversia así:

"1º MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón..., en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar en favor de la parte demandante seis (6) días después de ejecutoriada esta sentencia por perjuicios morales la suma de cinco mil pesos ($5.000. 00) M/cte.

"2º CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás".

III

Motivación de la sentencia impugnada

1. En el inicio de las consideraciones de su fallo dice el Tribunal que la pretensión indemnizatoria de perjuicios por responsabilidad extracontractual, cuyo fundamento jurídico ubica en el artículo 2341 del Código Civil, reclama para su prosperidad, en principio, la concurrencia de los siguientes tres presupuestos: el daño, la culpa, y la relación de causalidad entre ésta y aquél, los cuales deben ser probados por el demandante.

Añade el **ad quem** que la razón de esta exigencia probatoria "radica en el hecho de que en el campo de la responsabilidad extracontractual no se presume la culpa. Por tanto, si el daño o perjuicio sufrido no se establece en forma plena y fehaciente, no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo".

2. Estima el sentenciador **ad quem** que la responsabilidad civil dicha, es la que corresponde a quien imputa a otro la comisión de un acto ilícito, que después de la investigación correspondiente resulta "no ser cierto o no haberse ejecutado".

"....imputar a otro la ejecución de un hecho calificado por las leyes penales como delictivo, —dice el Tribunal— es un acto ilícito, y de ligeresa que da lugar en favor del inculpado, una vez absuelto de esa imputación, a un resarcimiento de perjuicios tanto morales como materiales, ya que tal hecho conduce a que el sujeto pasivo de esa acción culposa se vea expuesto a la difamación pública y de otro lado si llegare a ser detenido por causa de esa denuncia a dejar de percibir los bienes materiales ordinarios de su actividad profesional o personal".

Añade que en tales supuestos el elemento culpa queda establecido "con la temeridad o falta de fundamentos de la denuncia criminal calificados por el funcionario que investiga y falla el respectivo proceso penal".

3. Asentados por él los anteriores postulados, acomete en seguida el Tribunal la labor de análisis de las pruebas aducidas para demostrar, en el caso **sub judice**, los elementos integrantes de la responsabilidad civil.

En relación con la culpa, asevera el sentenciador que dicho presupuesto queda demostrado con la copia de la providencia proferida por el Tribunal de Neiva el 9 de

agosto de 1972, mediante la cual se sobreseyó definitivamente al denunciado del delito imputado.

Dice al punto la sentencia: "Que existió culpa por parte de los demandados señores Francisco Toledo (sic) al hacer la denuncia penal en contra de Macías Gómez, es un hecho demostrado con las copias de las providencias que sobreseen definitivamente al actor a través de las cuales los juzgadores, luego de analizar las pruebas recogidas en el curso de la investigación, concluyen que Macías no incurrió en la conducta penal que se le atribuyó por sus denunciantes". De lo cual concluye que los Fiesco Toledo, al formular la denuncia penal dicha, "obraron en forma descuidada y negligente, pues antes de proceder han debido acopiar o reunir todos los elementos necesarios para establecer el hecho".

4. Y luego de afirmar que en esta especie de procesos solamente pueden considerarse como daños indemnizables los que se hayan causado efectiva y realmente, asevera el Tribunal que en el presente caso "el actor no demostró de manera clara, concreta y fehaciente cuál fue el daño material sufrido con ocasión de su detención durante tres meses, por razón de la denuncia penal formulada por los demandados en su contra".

Refiriéndose a las declaraciones de renta aducidas por el demandante como pruebas, expresa la sentencia que ellas no permiten conocer inequívocamente en qué consistió el perjuicio cuya indemnización reclama; que sólo conducen a decir cuáles bienes tenía entonces y cuál era su actividad ordinaria, "mas no qué dejó de percibir o ganar, o qué bienes perdió por razón de la detención..."

Agrega el sentenciador ad quem que la prueba testimonial practicada tampoco acredita el perjuicio, puesto que los "testigos oídos refieren que saben y les consta que Macías administra sus bienes y que mientras estuvo detenido no pudo hacerlo; afirmación esta apenas lógica. Es decir, —añade— a los testigos no les consta que Macías haya sufrido pérdidas económicas concretas por razón de la detención a que estuvo sometido".

De todo lo cual concluye "la reparación del daño material no puede prosperar por falta absoluta de prueba".

5. Finalmente, después de analizar, con apoyo en doctrinas de la Corte que transcribe, la naturaleza de los perjuicios morales y las razones para su reparación, estima el Tribunal que "es indudable que la imputación de un delito a una persona por sí sola ofende el buen nombre y la reputación social de ésta y de su familia, como quiera que se ve expuesto a la difamación, el chisme y la conceja, sobre la forma y circunstancias como se dice pudieron ocurrir los hechos que dan lugar a la denuncia ante las autoridades respectivas".

Previa advertencia de que, según las pruebas aducidas al proceso, el aquí demandante "ha tenido sindicaciones por varios delitos" que lo han llevado a varias cárceles, lo que "nos indica que su reputación social ha estado en desmedro frente a sus asociados", expresa el Tribunal que "no obstante esto, es decir que Macías Gómez ha sido sindicado antes por la comisión de delitos que afectan en grado sumo el buen nombre y honra de una persona como son las que tocan el patrimonio (hurto— estafa— abigeato— desfiguración de marcas), la verdad es que una imputación injusta, carente de fundamentos le produce o causa dolor en sus sentimientos íntimos, más aún cuando el hecho lo condujo a la privación de la libertad".

IV

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada oportunamente interpusieron casación ambas partes, quienes han formulado las demandas que la Corte procede a examinar en el orden en que fueron presentadas.

A. Recurso del demandante

1. Este, en su respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, le formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado.

Mediante él la acusa de "violación directa, por falta de aplicación, del artículo 2341 del Código Civil".

2. En desarrollo del cargo el censor, después de referirse a los elementos integrantes de la responsabilidad civil extracontractual y de puntualizar los caracteres de cada uno de ellos; pasa a sintetizar las razones en que el juzgador ad quem apoyó su fallo desestimativo, así: "... el Tribunal reconoce la culpa acriminable a los demandados; pero se abstuvo de condenar a éstos al pago de los perjuicios materiales dizque por no haber demostrado la parte actora en qué consistían tales perjuicios, pues, considera que las pruebas aportadas sobre este tópico sólo se limitan a predicar que el actor es persona de solvencia económica; que administra personalmente sus predios rurales, sus ganados vacunos y que atiende en forma directa todos sus negocios".

Concretando el error in judicando que denuncia por la vía directa, asevera el impugnador que "Es evidente, que esta apreciación del Tribunal es equivocada, porque es apenas lógico que quien forzosamente se coloca en estado de inactividad, en virtud de una detención preventiva, sufre menoscabo patrimonial, ya que en esa situación no puede trabajar para obtener su sustento, ni menos atender sus negocios en la forma requerida para que éstos marchen normalmente y den adecuado rendimiento económico.

"En otras palabras: esa inactividad forzosa lleva ínsito un daño abstracto o genérico y con mayor razón cuando quien la padece es una persona dedicada a actividades agropecuarias y comerciales".

3. Continuando en el desenvolvimiento de la censura, afirma el casacionista que la violación directa que acusa por inaplicación del artículo 2341 está en que el Tribunal, "a pesar de haber visto los tres elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual, creyó erradamente, que para el éxito de la acción consagrada en el mencionado texto legal, en cuanto a los perjuicios materiales se refiere, es indispensable demostrar también el monto justo o exacto del daño".

Se considera

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

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 existe reparo qué oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, 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 no publicada aún— 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 aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas".

2. Como claramente se infiere del contexto de su sentencia, para denegar la indemnización por perjuicios materiales el Tribunal se basó en que el demandante

"no demostró de manera clara, concreta y fehaciente cuál fue el daño material sufrido con ocasión de su detención durante tres meses", motivación que repite una y otra vez en varios pasajes del fallo.

De la sola lectura del cargo se advierte que, muy a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el ad quem no dio por establecidos, estándolo, los perjuicios cuya reparación demanda el recurrente, puesto que, añade, es lógico que quien forzosamente se "coloca en estado de inactividad en virtud de una detención preventiva, sufre menoscabo patrimonial". Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial.

3. Pero si interpretando la demanda de casación con exagerado criterio de amplitud, debiera decir la Corte que el cargo formulado lo es por violación indirecta de la ley sustancial, tampoco podría estudiarlo en el fondo porque estaría en imposibilidad de saber si es por error de hecho o de derecho, ni menos conocer cuáles serían las pruebas no apreciadas o indebidamente apreciadas por el sentenciador, requisitos estos que son indispensables por así exigirlo inexcusablemente el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

4. Ciertamente, como parece insinuarlo la censura, para que en un proceso de responsabilidad pueda condenarse al demandado a pagar los perjuicios que con el hecho culposo suyo se le hayan causado al demandante, es bastante con que tales perjuicios, salvo los casos en que la ley los presume, se demuestren en su existencia aunque no en su importe pecuniario, puesto que en tal evento la sentencia, en aplicación de lo imperado por los artículos 307 y 308 del C. de P. C., debe hacer la condena en abstracto, para en incidente posterior liquidar en guarismo líquido el monto de la obligación a que la condena en abstracto se refiere.

Pero en el caso presente el Tribunal de Neiva denegó la indemnización por perjuicios materiales, no porque habiéndolos encontrado demostrados no hubiera podido determinar su monto, como lo intenta hacer ver la censura, sino sencillamente porque no encontró demostrado ningún daño causado al demandante. Dice, en efecto, que "el actor no demostró de manera clara, concreta y fehaciente cual fue el daño material sufrido con ocasión de su detención durante tres meses".

5. Y no siendo éste uno de los casos en que expresamente la ley presume el perjuicio, el Tribunal no podía disponer la indemnización del daño reclamado por el demandante porque éste no lo demostró. Puesto que si, como lo observa el recurrente, puede ser cierto que quien por orden de autoridad competente es detenido en una cárcel "sufre menoscabo patrimonial", no lo es menos que, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presente como consecuencia de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable.

5. Corolario obligado de todo lo expuesto es el de que el cargo que se estudia no puede prosperar, y que en consecuencia debe rechazarse.

B. Recurso de los demandados

1. En su respectiva demanda estos recurrentes, después de expresar que su impugnación la limitan a la condena que por perjuicios morales se les impuso en la sentencia de segunda instancia, formulan contra ésta un solo cargo que apoyan en la causal primera del precitado artículo 368 del C. de P. C.

Mediante tal cargo acusan dicho fallo de quebrantar directamente, por aplicación indebida, el artículo 2341 del Código Civil.

2. En desenvolvimiento de su censura los recurrentes, después de transcribir los pasos de la sentencia atinentes a la culpa que el Tribunal encontró en los demandados por haber formulado una denuncia penal, de la cual a la postre el denunciado fue sobreseído definitivamente, expresan que esa tesis "no es jurídica y mal puede pros-

perar. A simple vista se observa una confusión con determinadas instituciones legales como la CULPA. Es cierto que el Art. 2341 enseña que quien ha cometido un delito con capacidad para deducirle responsabilidad penal con sentencia condenatoria ejecutoriada debe resarcir perjuicios materiales y morales bien que se tasen en el mismo proceso penal o en la jurisdicción ordinaria. Naturalmente en esta apreciación quedan involucrados los comunmente llamados DELITOS CULPOSOS, pues cuando la ley alude al delito no está haciendo discriminaciones...

"Entonces es lo más elemental suponer que si está dando pautas en el mismo precepto tantas veces mentado en lo atinente al instituto de la CULPA se refiere a toda conducta humana habida y por haber que produzca un daño, pero por fuera de los linderos de la ciencia penal o criminológica, es decir, para ser más explícitos, la CULPA eminente, exactamente de origen civil ..."

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, los impugnadores transcriben los artículos 12 y 14 del Código de Procedimiento Civil, referentes, el primero al deber que a todo ciudadano se le impone para denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento; y el segundo a los requisitos formales que debe contener dicha denuncia; recuerdan las normas que definen el delito de perjurio y dicen: "No será acaso, esta pluralidad de normas valla infranqueable para el presunto negligente o temerario denunciante? No es tal el celo del Estado en situaciones de esta naturaleza que llega hasta suplantar al individuo para si éste llegare a portarse 'en forma descuidada y negligente?'

"Ni es el caso de la familia FIESCO TOLEDO. Es verdad sabida en la comarca huilense que ellos han sido víctimas de los atropellos y abusos de Macías Gómez. Han sido tolerantes como el que más con su agresor no por cobardía sino por silenciosa protesta por la complaciente conducta de las autoridades de todo orden. Fue por insinuación del propio señor Procurador Delegado que establecieron la querella penal por el delito que en el proceso penal aparece de cuerpo entero... Grande fue el estupor no solo en los medios judiciales sino en la ciudadanía en general cuando se tuvo conocimiento del 'sobreseimiento definitivo' del enjuiciado por violación de domicilio, con el agravante de arrojarle una imputación tan arbitraria como injusta a la familia FIESCO TOLEDO cuya solvencia moral por ancestro nadie se ha atrevido a cuestionarla, al afirmarse que lo sucedido' " ...el 14 de diciembre de 1970 en la finca Palmira que no fue cosa distinta a explotarse maliciosamente la llegada del señor MACIAS GOMEZ a la casa de su enemigo HERMOGENES LIEVANO....."".

Se considera

1. Desde el año de 1935 la Corte viene sosteniendo, uniforme y reiteradamente, la doctrina de que sólo cuando el denunciante de una infracción penal procede con intención de perjudicar al denunciado, o lo hace sin la cautela, cuidado o diligencia con que suelen obrar las personas prudentes, y de tal actuación surge un daño, incurre en la responsabilidad civil consagrada por el artículo 2341 del Código Civil, por razón de la cual está obligado a reparar los perjuicios causados al procesado.

Lo cual significa que, en torno a la cuestión de la responsabilidad civil que corresponda por el denuncio a la autoridad de la comisión de ilícitos penales, la jurisprudencia colombiana ha rechazado los criterios absolutistas: no releva de dicha responsabilidad a quien, en ausencia de las precauciones que como hombre prudente y diligente ha debido tomar, para proteger su propio interés cumple con ese mandato-deber que le impone la ley; tampoco la consagra por el solo hecho de que a la denuncia no la acompañe en últimas el buen éxito, porque ello no significa automáticamente que haya incurrido en culpa.

2. Ha dicho la Corte que el fenómeno jurídico del abuso del derecho tiene ocurrencia en dos casos distintos: "Cuando se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados,

casos estos en que la intención maliciosa cede su lugar preferente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa, y que constituyen los llamados actos abusivos. En ambos casos la actividad es eminentemente contraria al derecho ilícita, constitutiva de culpa. Los hermanos Mazeaud al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncio inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil, la resuelven afirmativamente para los casos en que el denuncio ha sido dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de fundamento, porque entonces ven una culpa delictual; pero consideran que fuera de estos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio de la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncio no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva. 'Si se admite la responsabilidad del que formula un denuncio —dicen— se expone a graves peligros a todos los que su conciencia incita a poner ciertos hechos en conocimiento de la justicia o de un particular. Esto ya sería suficiente para rechazar una solución tan absoluta. Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un individuo normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los tribunales exigen que ésta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. Es preciso anotar una tendencia en la jurisprudencia a mostrarse muy severa contra el denunciante. Este no obra a menudo sino para el bien público; de modo que es excesivo exigirle entonces que se entregue personalmente a investigaciones profundas antes de designar la persona que crea culpable. El interés general quiere que la justicia pueda ser informada por los ciudadanos' ". (sentencia de 24 de agosto de 1938, G. J., T. XLVII, pág. 57).

En oportunidad posterior dijo la Corte sobre esta misma cuestión:"... la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aún de dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo por obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contigencia, ya que ante las incertidumbres de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado" (Casación Civil, 7 de marzo de 1944, G. J., Tomo LVII, 76).

Y en sentencia de 30 de abril de 1962, dijo al respecto la Corte: "Mas no porque una investigación o proceso penal originado en una denuncia particular terminen con auto de sobreseimiento definitivo, tiene por solo ello que reputarse como establecida la culpabilidad del denunciante, puesto que el sobreseimiento ha podido producirse a virtud de incidencias o factores sin repercusión sobre las circunstancias ante las cuales el agente estuvo colocado y que permitirían configurar de su parte una conducta juiciosa, arreglada a la mente de la ley" (G. J. T. XCVIII, 375).

3. Si, pues, para deducir responsabilidad civil a quien ha denunciado a otro como autor de un delito que a la postre resulta procesalmente inexistente, no es suficiente la copia del auto de sobreseimiento del denunciado o la sentencia en que se lo absuelve, sino que es indispensable investigar si hubo por parte de aquél un error de conducta al formular la denuncia, el cual puede inferirse de los hechos pertinentes, de las circunstancias y peculiaridades que cada caso presente, debe y tiene que seguirse que tal inferencia es una cuestión de hecho, cuyo establecimiento o no establecimiento por el Tribunal no puede infirmarse en casación mientras no se demuestre que es contraevidente a lo que las pruebas indiquem.

Lo cual significa que en el presente caso el cargo contra la sentencia debió formularse por la vía indirecta y no por la directa, desde luego que la censura, contrariamente a lo que la sentencia combatida sostiene en el punto, parte de la base de que los demandados, al denunciar penalmente al demandante en diciembre de 1970, no procedieron ni temerariamente ni de mala fe, sino que actuaron con la diligencia y el cuidado que la prudencia les indicó.

Si para arribar a la conclusión a que en punto de perjuicios morales llegó en su sentencia, el ad quem hubiere alterado la realidad objetiva de la copia del auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal de Neiva en favor del aquí demandante, o le hubiese atribuido eficacia probatoria de la cual carece legalmente para demostrar la culpa de los demandados, esos presuntos yerros constituirían aspectos que, por referirse a la situación fáctica, sólo los podría considerar la Corte a través de cargos formulados por error de hecho o de derecho, pero no por la vía directa, la que supone esencialmente, como atrás se dijo, absoluta conformidad del recurrente con las conclusiones a que en el ámbito de los hechos llegó el sentenciador.

4. Conclusión de lo expuesto es entonces la de que el cargo de los demandados tampoco está llamado a prosperar, el que, por tanto, debe desestimarse.

V

Decisión

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario por aparecer compensadas.

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

Publíquese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

REVISION DE SENTENCIA DE JUEZ DE MENORES

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sententencia de tres (3) de febrero de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por JOSE NICODEMUS SALCEDO RUIZ frente a LUIS HENRY BELTRAN.

II

El litigio

1. Mediante escrito de 21 de enero de 1976 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el citado José Nicodemus Salcedo Ruiz, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, citó a proceso ordinario al menor Luis Henry Beltrán, representado por su madre natural Leonor Beltrán Gómez, a efecto de que la justicia hiciera los siguientes pronunciamientos:

a) que previa la revisión de la sentencia de 10 de junio de 1975, proferida por el Juzgado Promiscuo de Menores de esa ciudad en el proceso allí instaurado por la correspondiente defensoría de Menores contra José Salgado, se declare que dicho proceso "no reúne las condiciones mínimas de prueba exigidas por la ley sustantiva, para despachar afirmativamente la declaración de paternidad que en él se hizo", en contra del aquí demandante; y

b) que, en consecuencia, se declare que el sobredicho menor Luis Henry Beltrán "no tiene como padre" a José Salcedo Ruiz.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) que en demanda presentada el 4 de junio de 1974 por la correspondiente Defensoría de Menores de Villavicencio, a nombre del menor Luis Henry Beltrán, se solicitó la declaración de que "José Salgado" es el padre natural de aquél, por haber mantenido, durante los años comprendidos entre 1969 y 1972, época en que se presume la concepción del aquí demandado, relaciones sexuales con la madre de éste, Leonor Beltrán;

b) que el Juzgado Promiscuo de Menores de esa ciudad, mediante auto proferido el 10 de ese mismo mes, admitió la anterior demanda "y ordenó notificarla al señor JOSE —SALGADO— SALCEDO, persona diferente a la demandada";

c) que en dicho proceso el aquí demandante José Salcedo Ruiz se opuso a que, en relación con él, se hiciera la declaración de paternidad suplicada, "pues en conciencia estimo que no soy el padre del menor Luis, por la sencillísima razón que con la que se dice su madre Leonor Beltrán, no he tenido relaciones de ninguna naturaleza";

d) que el mencionado Juzgado de Menores, por sentencia proferida el 10 de junio de 1975, apoyado en las declaraciones testimoniales rendidas por Edilma Murillo Garzón, Elvia María Pardo Gutiérrez, Graciliano Ortiz Cifuentes y Aracely Reina vda. de Herrera, declaró que el menor Luis Henry Beltrán, nacido el 1º de julio de 1970, es "hijo natural del señor JOSE SALCEDO"; y

e) que además de haberse hecho la declaración de paternidad natural sin prueba que la acreditara suficientemente, "el fallo se profirió contra una persona dife-

rente a la demandada, lo que genera una NULIDAD en el proceso y así solicito que se declare, pues no hay concordancia entre las personas demandada y condenada; si hubo error de máquina como se argumenta, debió de haberse corregido la demanda".

3. En su oportuna contestación a la demanda el curador ad litem que le fue designado al menor demandado se opuso expresamente a todas las pretensiones del demandante.

En cuanto a los hechos, los reconoció como ciertos, salvo los atinentes a la inidentidad de personas afirmada y a los presuntos errores de apreciación probatoria en que el demandante dice se basó la declaración de paternidad, los cuales negó. Dijo que si bien en la demanda de investigación se había incurrido en yerro "en el nombre del padre demandado, sin embargo dentro del respectivo proceso adelantado ante la señora Juez Promiscuo de Menores de la ciudad quedó perfectamente aclarado que el demandado en el mismo era el señor JOSE NICODEMUS SALCEDO y no persona diferente"; y que las pruebas en que el Juzgado apoyó su fallo, fueron todas aducidas en forma "ajustada a derecho".

4. Replicada en tales términos la demanda, 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 20 de octubre de 1976, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda y, en cambio, declaró en firma el fallo proferido por el Juzgado promiscuo de Menores de Villavicencio el 10 de junio de 1975.

5. Por virtud de la apelación interpuesta por el demandante contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al que, luego de agotar el trámite del grado, profirió su fallo de 3 de febrero de 1977, mediante el cual decidió el litigio así: a) revocó la sentencia materia de la apelación, es decir la proferida el 20 de octubre de 1976 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio; b) infirmó igualmente la de 10 de junio de 1975, dictada por el Juzgado Promiscuo de Menores de esa misma ciudad; y c) absolvió, en su lugar, a "José Nicodemus Salcedo Ruiz de los cargos que se le hicieron en la demanda incoada por el Defensor de Menores de Villavicencio".

III

Motivación de la sentencia de segunda instancia

1. A vuelto de hacer el planteamiento general de la ceustión litigiosa, iniciando las motivaciones de su fallo advierte el Tribunal que en el caso presente se aduce en la demanda inicial del presente proceso la acción de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado de Menores, cuyo fundamento jurídico ubica en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968.

Expresa al punto que "las sentencias dictadas dentro de los procesos de filiación natural de que conocen los jueces de menores a virtud del Art. 11 de la Ley 75 de 1968 son revisables por la vía ordinaria, según mandato contenido en el artículo 18 del mismo ordenamiento"; pero que, según lo prescribe este texto legal, dicha acción revisoria sólo puede intentarse por el demandado dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo, y, por parte del demandante, dentro de los cinco años contados a partir de la misma fecha.

2. Asevera el ad quem, concretando la finalidad jurídica y el alcance de la referida pretensión revisoria, que éstos no pueden ser otros que "el de valerse de la amplitud probatoria del proceso ordinario para demostrar los errores de juicio en que incurrió el fallador en la decisión del asunto, pero naturalmente sin que le sea dable modificar el planteamiento original, porque no se trata de iniciar otro proceso entre las mismas partes, sino de examinar el tramitado por la jurisdicción de menores".

Añade el Tribunal que no obstante la amplitud probatoria por él apuntada, no le es permisible al juez que conoce de la acción revisoria, "salirse del marco señalado por la relación procesal para fallar extrapetita, otorgando lo pedido pero por causa petendi diferente a la invocada. Es que, —agrega— examinada la vía de excepción que consagra el Art. 18 de la Ley 75 de 1968, debe concluirse que el proceso que allí se prevé no tiene el mismo objeto que el ven-

tilado ante la jurisdicción de menores, pues mientras que éste persigue el reconocimiento de un estado, el de revisión tiene por objeto la sentencia que en él se dictó, para mantenerla si es legal, o dejarla sin valor en caso contrario".

3. Asentadas por él los anteriores postulados, emprende en seguida el sentenciador el análisi de la prueba testifical aducida en el proceso cuya sentencia revisa, para demostrar la paternidad natural deprecada en él.

En esta labor el Tribunal prohija el criterio del juzgador a quo, consistente en que es equivocada la conclusión a que llegó el Juzgado de Menores en el punto, puesto que, explica el ad quem, "es evidente que la prueba que se allegó es insuficiente para demostrar la causal que se dio por demostrada, es decir, la existencia de las relaciones sexuales entre la madre del menor y el demandado para la época en que según la ley se presume fue concebido aquél. Ciertamente que los testigos citados en la demanda formulada por el señor Defensor de Menores —expresa el Tribunal— dan cuenta de circunstancias que tuvieron ocurrencia cuando la señora ya estaba embarazada y de las cuales no podían inferirse las relaciones alegadas".

Estima el Tribunal, y así lo consigna como razón justificativa de su discrepancia con el juzgado a quo, que "relievada la falta de soporte probatorio de la sentencia revisada" el deber de éste "era revocarla, en lugar de confirmarla por las razones que expuso, esto es, dando por demostrados hechos que no se habían alegado en la demanda, configurativos estos de causal distinta a la consagrada en el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968", porque "si el juez competente carecía de facultad para hacer el reconocimiento con base en hechos distintos a los alegados en la demanda por el Defensor de Menores, mucho menos podía hacerlo el Civil del Circuito dentro del proceso ordinario encaminado a la revisión del primer fallo".

4. Finalmente, con el propósito de hacer ver la ilegalidad del procedimiento seguido por el Juzgado del Circuito al proferir su fallo, o sea proferir sentencia estimativa pero con base en hechos diferentes a los invocados en la demanda, el Tribunal de Villavicencio, con cita de jurisprudencias en la materia, recuerda que si en lo tocante con las normas de derecho aplicables la actividad del juez no tiene límites, sí la tiene en cambio en lo atiente a los hechos invocados como fundamento del derecho alegado; pauta obligada del juicio y de la sentencia, dice, es la demanda, a tal punto que, añade, "no puede prosperar la acción intentada sino con base en los hechos aducidos en el libelo".

Agrega que en consonancia con este principio limitante de su actividad jurisdiccional, no le es dado al juez en el curso del debate cambiar la situación fáctica de la acción, "ni tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en la demanda, aunque los nuevos aparezcan suficientemente comprobados de autos".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación el demandado. En su demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del C. de P. C., el recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de violar, en forma "directa la norma ya aludida, contenida en la Ley 75 de 1968, artículo 6º Nº 5, que ordena presumir la paternidad natural cuando esté demostrado con hechos y pruebas fidedignas que el presunto padre otorgó un trato personal y social a la madre durante el embarazo y después del parto ..."

2. Tratando de dar concreción a la censura, expresa el recurrente: "En mi CONCEPTO existe errónea interpretación de hecho del libelo demandatorio ya que la apreciación hecha por la citada corporación (alude al Tribunal) en el sentido de que la causal que sirvió de fundamento para que el señor juez de circuito declarara al demandado padre natural del menor, no fue alegada por el demandante, en puridad de verdad no corresponde a lo que aparece palmariamente en el contenido de la misma. En efecto, dijo el señor Defensor de Menores —folio Nº 3v, cuaderno Nº 1— 'En

1969 los señores José Salcedo y Leonor Beltrán iniciaron vida marital que se prolongó hasta 1972' ".

3. A intento de desarrollar el cargo que formula afirma el impugnador: "El concepto de vida marital es lo suficientemente amplio tanto desde su punto de vista etimológico como en la acepción jurídica para que queden comprendidas no solamente las posibles relaciones sexuales de que habla la Ley 75 de 1968 en su Art. 6º Nº 4, sino también el trato personal y social entre marido y mujer ya sea antes, en el embarazo o después del parto, como lo estatuye el Nº 5 del mismo artículo mencionado de la Ley 75. Desconocer este hecho fundamental, columna vertebral del proceso, para decir como lo hizo el H. Tribunal, que no se invocó la causal tenida en cuenta para declarar la paternidad natural en relación con José N. Salcedo, es darle una interpretación estrecha y equivocada al hecho comentado y alegado como tal por el señor Defensor de Menores; limitado de tal forma dicho fundamento contemplado en el numeral 1º que acabo de anotar alegando que el demandante sólo arguyó las relaciones sexuales, haciendo abstracción inadecuada de las demás relaciones que incluye el amplio concepto de vida marital, constituye sin lugar a dudas un desconocimiento de hecho del verdadero sentido del texto de libelo".

Y en otro paso de su demanda dice el impugnador: "Pero además, desconoció también (el Tribunal) el acápite relacionado con los fundamentos de derecho que hace parte integral del mismo texto demandatorio cuando el señor defensor esgrimió tanto la Ley 83 de 1946, como la Ley 45 de 1936, la Ley 75 de 1968 en su Art. 6º Nº 4 y ss., como aparece claramente al folio 3v, y con las abreviaturas 'ss'. Es inaceptable pues, afirmar que la causal contemplada en el Nº 5 del Art. 6º de la Ley 75, el Juzgado del Circuito tuvo como fundamento para hacer la declaratoria de paternidad, no fue argüido por el señor Defensor de Menores en la respectiva demanda. Desconoció pues la Alta Corporación también los fundamentos de hecho en su integridad porque entre las normas subsiguientes se encuentran precisamente de inmediato aquella (sic) que estatuye la causal tenida en cuenta por el señor Juez de Circuito".

Rematando la formulación del cargo expresa el censor: "La evidencia y prima facie con que aparece el verdadero texto de la demanda, no hace necesario un mayor esfuerzo especulativo para encontrar el evidente error de hecho en que ha incurrido el H. Tribunal. El hecho de que el demandante no haya separado y especificado con amplitud como generalmente ocurre a nivel de Defensoría de Menores por razones que no es del caso analizar, en nada desvirtúa el amplio fundamento expresado en los hechos y respaldado en el derecho de la misma demanda, en forma general pero rotunda".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) Mediante el recurso de casación, que persigue como fin primordial unificar la jurisprudencia, velando por la recta inteligencia y debida aplicación de la ley, y que además busca reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia así combatida (Art. 365 C. de P. C.), se somete el fallo respectivo al juicio de la Corte Suprema, para que ésta decida si la sentencia es o no violatoria de la ley sustancial o de las normas procesales que consagran garantías de orden público.

Tiene ya averiguado la doctrina que la casación busca la satisfacción de un interés público, cual es la defensa de la ley misma; y que auncuando el móvil del recurrente es su interés privado, éste se encuentra supeditado a aquél.

2ª) Sin embargo, para que los fines de la casación puedan alcanzarse, para que le sea dado a la Corte entrar a dedicir el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente el escrito sustentatorio, sino que es indispensable que la demanda respectiva sea formal y técnicamente idónea.

Por virtud de corresponder a la sustentación de un recurso extraordinario, la ley reviste de especial solemnidad a la demanda de casación, la que, por tanto, para ser admisible debe contener los requisitos puramente formales previstos en el artículo

374 del Código de Procedimiento Civil. Pero al lado de los referidos requisitos de forma, que, se repite, son los únicos cuya inobservancia total o parcial conducen a la inadmisión de la demanda de casación, se hallan los no menos importantes que fluyen de los principios que informan la técnica de este extraordinario medio de impugnación, y cuya ausencia le veda a la Corte el estudio en el fondo de la demanda de casación previamente admitida.

Si, como en repetidas oportunidades lo ha expuesto la Corte, en esencia la casación se endereza a infirmar la presunción de legalidad que protege al fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, de ello tiene que seguirse que se trata entonces de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente, sometido al principio dispositivo. Consiguientemente se impone aceptar que la demanda de casación no es ni puede ser un alegato de instancia, desde luego que la actividad jurisdiccional de la Corte, en punto de este recurso, está reducida al campo que para la impugnación de la sentencia le demarque el recurrente; y que si bien está dentro de sus facultades interpretar la demanda cuando ésta no es dechado de claridad y precisión, no puede, empero, considerar oficiosamente el quebranto de normas sustanciales no denunciado, ni menos cambiar o alterar los fundamentos en que la acusación viene planteada.

3ª) El artículo 368 de la obra citada, en su primera parte, preceptúa terminantemente que la sentencia puede ser violatoria de una norma de derecho sustancial, "por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea"; y esta discriminación de términos, concatenándola con el contenido de otros textos del mismo código, especialmente con el 374, que obliga al recurrente a expresar en la demanda mediante la cual sustenta el recurso "las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación", y con el 373, numeral 4, que autoriza inadmitir la demanda, entre otras causas, cuando en ella falte este último requisito, patentiza la necesidad de que el recurrente en casación, al sustentar este recurso, determine la especie o concepto de la trasgresión de la norma de derecho sustancial que denuncie como infringida.

En el caso de la demanda de casación que aquí se estudia se advierte, en primer lugar, que el censor omite indicar el concepto de la violación del numeral 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, única norma sustancial que denuncia como quebrantada con la sentencia, como era su deber tal cual atrás se ha visto. Elegir entre la falta de aplicación, la aplicación indebida y la interpretación errónea de la ley sustancial invocada, es tarea que inexcusablemente corresponde al recurrente y no a la Corte, la que "no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar" (LXI, 398).

4ª) Pero además del anterior la demanda de casación que se considera presenta otro defecto de técnica, cual es el de denunciar violación directa de la ley sustancial por errores en la apreciación de las pruebas, olvidando el censor que cuando éstos se presentan la acusación debe formularse por la vía indirecta.

Ha dicho la Corte, en efecto, 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 hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

"Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescin-

dencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (sentencia de 20 de marzo de 1973, no publicada aún en la Gaceta Judicial).

5ª) Los defectos de técnica advertidos en la formulación de la demanda de casación que se considera la tornan ineficaz.

6ª) Sin embargo de la improsperidad de la censura por las razones indicadas, la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por la regla 5ª del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en el ámbito doctrinal, debe hacer las siguientes dos precisiones, a saber: es la primera la de que la acción de revisión a que se refiere el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, por tener en esencia como tema fundamental de decisión el fenómeno jurídico de la filiación natural, permite discutirla en toda su dimensión y no simplemente sujeta a los mismos y precisos extremos en que se había planteado ante el juez de menores; y atañe la segunda a que dicho proceso revisorio, cuando el hijo que en él figura como parte es menor, además de estar asistido por un curador ad litem debe estar representado por su madre natural.

A) La primera de las dos cuestiones enunciadas es doctrina que la Corte sentó en su sentencia de 26 de octubre de 1972, que ha reiterado en fallos posteriores, al decir: "De lo expuesto se concluye que en el proceso de revisión de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 75, la cuestión sub judice es el fenómeno jurídico de la filiación natural y no solamente la presunción o presunciones de paternidad debatidas ante el juez de menores o la valoración que éste haya hecho de las pruebas que ante él se adujeron.

"Así, cuando ante el juez de menores se invocaron relaciones sexuales como fundamento de una de las presunciones de paternidad natural que consagra el Art. 6º de la Ley 75 de 1968, como ocurre en este caso, el juez civil que conoce de la acción de revisión de la sentencia proferida por aquél, puede estudiar y ponderar las mismas pruebas que este último tuvo en cuenta para hacer la declaración impetrada, y por ende llegar a la misma conclusión o a una distinta. Ello no obsta para que analice también los nuevos medios de prueba que se aduzcan en el proceso de revisión, tendientes de demostrar, por ejemplo, que durante la época en que se presume ocurrida la concepción del hijo, la madre las tuvo con otro u otros hombres, o que el pretenso padre estaba en incapacidad de engendrar" (CXLIII, 226).

Esta tesis fue reiterada posteriormente, como puede verse, entre otras, en las sentencias de 13 de diciembre de 1972 (CXLIII,, 269) y 8 de julio de 1975, no publicada aún en la Gaceta Judicial.

B) La segunda de las dos precisiones anunciadas atrás, también es doctrina de la Corte, la que en la sentencia últimamente citada, proferida en el proceso de revisión seguido por Cristina Crescencia Soto y no publicada aún, dijo al efecto la Sala: "13. Y acaso podrá afirmarse, como parece aceptarlo el Tribunal de Montería, que los menores quedaban representados debidamente por el curador que, para su defensa, se les nombró en cumplimiento de lo que preceptuaba la ley 83 de 1946 en su artículo 95?

"Tanto frente al Código Judicial derogado como ante el nuevo de Procedimiento Civil y tanto conforme a las normas de la Ley 45 de 1936, como a las de la Ley 75 de 1968, la representación judicial de quienes eran hijos de familia la tenía aquel de sus padres que ejerciera la patria potestad.

"Los incapaces —decía el artículo 240 del Código Judicial— comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales, principio que fue repetido en el segundo inciso del artículo 44 del nuevo C. de P. Civil. Y el representante legal del hijo de familia que tenía la calidad de natural lo era su madre, pues de un lado y por regla general a ella correspondía el ejercicio de la patria potestad, y, de otro, esta potestad no podía ser conferida al padre que había sido declarado tal en juicio contradictorio (artículos 14 de la Ley 45 de 1936 y 20 de la Ley 75 de 1968).

"Y cuando el artículo 95 de la Ley 83 de 1946 disponía que, en el juicio que se pro-

moviera ante los jueces civiles para revisar la sentencia sobre paternidad natural que hubiera proferido el juez de menores, los intereses del incapaz fueran defendidos por un curador que sería nombrado por este juez, con ello no menoscabó el poder de representación que la madre natural tenía respecto a su hijo no emancipado, no modificó el modo como los menores debían comparacer al proceso. El nombramiento del curador no tenía la trascendencia de otorgarle la representación de éstos, representación que seguía en cabeza de quien sobre él ejerciera la patria potestad, sino que, como expresamente lo decía el artículo 95 premencionado, buscaba que los intereses del menor necesariamente tuvieran que ser defendidos por el curador, para abrigarlo de los posibles descuidos de su padre o madre o de su guardador general, o de las muy probables dificultades económicas en que éstos se encontraran para afrontar los gastos propios de una defensa judicial.

"El curador expresado, entonces, no tenía la representación del menor, pues no se trataba del que el juez debía nombrar en alguno de los casos de los artículos 241, 242, 243 y 246 del C. Judicial derogado, eventos en los cuales el curador ad litem sí tenía la específica facultad de representación".

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 tres (3) de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso en razón de la rectificación doctrinaria a que dio lugar.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

FILIACION NATURAL

Tacha de falsedad de documento. Dictamen pericial: idoneidad de las partes

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Luz María Candelo interpuso recurso de casación contra la sentencia del 22 de marzo de 1977 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario que aquélla promovió contra las herederas de Edmond Zaccour, recurso que la Corte procede a decidir por estar agotada la tramitación legal correspondiente.

II

Historia del litigio

1) La demandante pidió que se la declarase hija natural del citado Zaccour con apoyo en las presunciones de paternidad que consagran los numerales 3º y 4º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968. Dirigió su pretensión contra Diecie Edna, Dora María y Margarita Zaccour (señoras de Maklaouf, de Sacoda y de Remolins en su orden), herederas del causante en su calidad de hijas naturales del mismo, las dos primeras por haber sido reconocidas como tales por escritura pública y la última en virtud de declaración judicial.

2) Como súplicas consecuenciales pidió también que se le reconociese su vocación hereditaria en la sucesión de su padre, en concurrencia con las demandas y con derecho a una cuota igual a la de éstas; que se ordenasen las inscripciones de rigor consiguientes a la declaración de filiación; y que, en caso de que se opusieran, se condenara a las Zaccour en las costas del proceso.

3) La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que enseguida se compendian: a) Edmond Zaccour tuvo relaciones sexuales con Anatilde Candelo, soltera entonces, durante los años de 1919 y 1920, en la población de "La Cumbre", a donde aquél iba a pasar largas temporadas, fruto de las cuales fue Luz María, nacida el 20 de octubre de 1920 y bautizada en Cali el 20 de junio del año siguiente; b) que en un principio Zaccour atendió a todas las necesidades de Anatilde y de Luz María, y que reconocía a ésta como hija suya ante sus amigos y relacionados; c) que muchos años más tarde Edmond fue citado a absolver posiciones tendientes a establecer su paternidad respecto de Luz María, la que negó categóricamente, pero que acaso por remorderle la conciencia y arrepentido de haber faltado a la verdad en dicha diligencia, con fecha 22 de mayo de 1959 dio respuesta a una carta que le había dirigido Luz María el 12 de los mismos, "en la que reconoció de modo expreso, franco, incondicional y definitivo, el hecho de la paternidad respecto a mi poderdante la distinguida señorita LUZ MARIA CANDELO"; y d) que Zaccour murió soltero, el 11 de noviembre de 1970, en Bogtá, y que el respectivo proceso de sucesión fue abierto en el Juzgado 10º Civil del Circuito de Cali, ciudad en donde tuvo su último domicilio y el asiento principal de sus negocios.

4) Las demandadas dieron respuesta al libelo oponiéndose a las súplicas de la actora, aceptaron algunos hechos pero negaron enfáticamente todos los relacionados con la declaración de filiación solicitada. Además, tacharon de falsa la carta citada en el punto anterior.

5) Luego de algunos incidentes que fueron oportunamente resueltos, de la práctica de las numerosas pruebas que adujeron las partes litigantes y de presentados sus extensos alegatos de conclusión, el juez del conocimiento (10º Civil del Circuito de Cali) le puso fin a la primera instancia en sentencia del 13 de noviembre de 1975 en la siguiente forma:

a) declaró auténtica la carta de fecha 22 de agosto de 1959, dirigida por Zaccour a la demandante;

b) declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada;

c) declaró que Luz María Candelo era hija natural de Edmond Zaccour y en tal carácter le reconoció la vocación hereditaria correspondiente en la sucesión de su padre;

d) dispuso comunicar aquella decisión al Notario 2º de Cali y al Cura Párroco de la Catedral de la misma ciudad, para que hicieran las anotaciones del caso en el libro de estado civil y en la partida de bautismo de Luz María;

e) Ordenó la cancelación del registro de la demanda; y

f) condenó en costas a las demandadas.

6) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió el recurso de apelación que las Zaccour interpusieron contra la sentencia de primer grado, revocándola, y en su lugar decidió lo siguiente:

"1º) DECLARASE que no ha sido probada la autenticidad del documento que fue materia de la tacha de falsedad,

"2º) NIEGASE las súplicas de la demanda que dio origen al presente proceso y, en consecuencia, absuélvase a las demandadas de los cargos formulados en dicho libelo.

"3º) ORDENASE la cancelación de la inscripción de la demanda.

"4º) CONDENASE a la actora a pagar las costas de ambas instancias."

7) Contra la sentencia que acaba de mencionarse —como atrás se dijo— la demandante interpuso el recurso de casación de que ahora se ocupa la Corte.

III

Motivación del fallo impugnado

Luego de transcribir las súplicas y los hechos afirmados en la demanda, la respuesta que le dieron las demandadas y de hacer una breve síntesis de la actuación procesal, la que encuentra ajustada a derecho, así como también la legitimación en causa, el sentenciador acomete el estudio de las pruebas aducidas con el fin de acreditar las presunciones de paternidad natural invocadas en la demanda.

1) Se refiere inicialmente a las declaraciones rendidas extra-proceso y que no pudieron ser ratificadas por haber muerto entretanto los declarantes, y se detiene a valorar las que rindieron los testigos de abono, respecto de las cuales dice que ninguno de ellos da cuenta de haber conocido hechos demostrativos de la veracidad de dos de los testigos fallecidos; que en cuanto al otro sólo se afirma que "era una persona honorable en su modo de ser"; y finalmente que en lo tocante con Guillermo Zúñiga, el declarante Luis Angel Rojas manifiesta no recordarlo. "Por esas razones —concluye el Tribunal— con las analizadas declaraciones no quedan abonados los testimonios de los señores Guillermo Zúñiga y Carlos González Peña".

Analiza enseguida, una a una, las declaraciones de los testigos que fueron llamados a ratificar por abono las deposiciones de Leonor Buenaventura de Fajardo y Francisco A. Ortiz, y llega a la conclusión de que "no se acredito (sic) la veracidad y buena fama de tales personas, y, en consecuencia, tales testimonios no pueden ser apreciados."

2) Enseguida el sentenciador procede a analizar y criticar las declaraciones de Berta Lora de García, Marina Engracia Escobar Lenis, Victoria Velasco de Zúniga. Ana Julia Spadáfora de Z., Ismaelina González de Hoyos, Alberto Mendoza Mayor, Alfonso Lenis González, Antonio Camacho Ramos, Emilia Hormaza de Martínez, Luis E. Palacios Iragorri, Cecilia Pombo de Palacios, Alfonso Bonilla Aragón, Eduardo Lozano Henao, María Teresa Carvajal Cifuentes, Lucía Moncaleano de Bosi, Ana Palacios de Alzate, Delfina García de Zamorano y Carmen Lora Burkar.

De la pormenorizada crítica testimonial que hace de cada una de esas declaraciones concluye el fallador que la pretensión de filiación natural de la parte actora no puede prosperar, porque "con la prueba analizada no se demuestra que hubieran existido las relaciones sexuales entre Edmundo Zaccour y Anatilde Candelo, en las cuales la demandante fundó su pretensión. Las declaraciones examinadas no acreditan que tales relaciones hubieran existido en la época en que según el artículo 92 del C. C., pudo tener lugar la concepción. Y esos testimonios tampoco demuestran la ocurrencia de hechos constitutivos de trato personal y social que hubiera dado el presunto padre a Anatilde Candelo durante el embarazo de ésta y en la época de nacimiento de Luz María Candelo y que vinieran a acreditar la paternidad que se pretende".

Esa conclusión obedece a que a su juicio "la mayor parte de dichos testimonios están desprovistos de responsividad por ausencia de la razón del dicho y las restantes son de mera referencia, y por ello, carentes de valor probatorio".

3) En cuanto a la otra presunción de paternidad natural invocada en la demanda vale decir, el escrito proveniente del presunto padre que constituye una confesión inequívoca de paternidad, comienza por manifestar que la carta suscrita por Zaccour en que pretende apoyarse aquella presunción fue tachada de falsa por las demandadas.

Afirma a renglón seguido que a la demandante le incumbía demostrar la autenticidad de la carta en cuestión, según la regla general que consagra el Art. 177 del C. de P. C. y lo que al respecto exponen algunos expositores nacionales que cita.

"Ante la ausencia de una solicitud oportuna de pruebas para el incidente por parte de la actora —continúa el sentenciador— el Juzgado decretó de oficio la práctica del cotejo pericial de la firma que aparece puesta en la carta a que se hace referencia, es decir, la presunta firma del señor Edmond Zaccour; ese cotejo pericial se ordenó realizarlo con otras firmas del señor Edmond Zaccour puestas en instrumentos públicos."

Al enjuiciar tanto la diligencia de cotejo como el dictamen de los peritos Rafael David Aponte García y Octavio Marulanda Morales, esta última prueba a la luz de los Arts. 237-6 y 241 del C. de P. C., dice en primer término que "no se encuentran datos en el proceso que vengan a dar información acerca de la competencia, de los estudios y de los conocimientos y experiencias que tengan los peritos en la materia sobre la cual versa su dictamen".

"El dictamen que se analiza —agrega el Tribunal— sólo contiene en sus puntos primero, segundo y parte del punto Cuarto, una descripción morfolétrica de las firmas objeto del cotejo, esto es, una confrontación de las formas de las letras de dichas firmas. En el punto tercero, con base en la apreciación a simple vista de los rasgos de las letras de la firma materia del cotejo los peritos hacen inferencia de los síntomas de las enfermedades padecidas por la persona que escribió tales rasgos. Y en la parte final del punto Cuarto se anotan las dimensiones del nombre 'Edmond' y del apellido 'Zaccour' en las fotografías que de las firmas utilizaron los peritos para su trabajo, con anotación también de los porcentajes de esas dos dimensiones.

"Pero ese análisis morfolétrico, esa simple comparación de las formas de las letras de las firmas materia del cotejo, no son fundamentos firmes ni se estiman como bases suficientes para asignar valor de plena prueba a las conclusiones que formulan los peritos".

En apoyo de esa conclusión, transcribe el fallador unos párrafos de la obra intitulada "Criminalística General" de un expositor nacional, en la que se expresa que de "un somero análisis morfolétrico, o sea por la similitud o disimilitud de sus formas... no podemos declarar una de las confrontadas falsa por el sólo hecho de observar la regla establecida; además de tales análisis no se puede afirmar que hayan sido efectuados por expertos en la materia, ya que, si son verdaderos expertos no lo harán en dicha forma; y menos creíbles aún cuando los hacen profanos con ínfulas de expertos".

"Y las insuficientes bases para sacar de ellas las conclusiones formuladas por los peritos, —continúa el juez ad quem— es

decir, la falta de fundamentación de su dictamen es más notoria si se tiene en cuenta que, fuera de la mencionada comparación y de aquella breve exposición de aspectos somáticos y patológicos que por inferencia de los rasgos de las letras hacen los peritos, y fuera de esa simple mensura de la longitud del nombre y de apellido de la firma materia del cotejo, no se encuentra en el dictamen que se está estudiando ningún análisis verdaderamente grafométrico que permita consista considerar como precisas y técnicas las bases para dichas conclusiones. En el dictamen no se encuentran analizadas las variaciones de las alturas de las letras en las firmas cotejadas, ni hay análisis sobre el espacio de las letras ni sobre la frecuencia de los cortes en la escritura, si llegare a haberlos, como tampoco se establece un índice sobre curvas de las letras, ni se analiza si hay algún rasgo subyacente que hubiere sido borrado después de escrita la firma en el documento; o sea, que careciendo el dictamen de un análisis sobre todos estos aspectos no ofrece bases suficientes para que puedan acogerse las conclusiones de los peritos como plena prueba.

"...Ahora bien, fuera del dictamen pericial analizado no se encuentra en el proceso otra prueba que venga a demostrar que es auténtica la referida carta que se tachó de falsa... El estudio que la Sala ha realizado lleva a concluir que al no haberse demostrado la autenticidad de la carta aludida se desprende que no se acredita con ella la confesión de paternidad no puede apreciarse la prueba resultante del cotejo y del dictamen de los peritos, por cuanto dentro del mismo proceso no se ha acreditado que los peritos, a pesar de pertenecer a la lista oficial de auxiliares de la justicia del Juzgado, sean expertos en la materia sobre la cual les tocó dictaminar".

"Para no apreciar la prueba del cotejo y el consiguiente dictamen de los peritos que intervinieron en el mismo, el Tribunal de Cali exige requisitos que la ley en ninguna parte consagra para darle mérito a dicha prueba. Considero que es un absurdo jurídico, y por consiguiente un error de derecho manifiesto, exigir que dentro del proceso se acredite que los peritos son peritos, idóneos para dictaminar en la materia sobre la cual el Juez les pide la ayuda de sus luces y experiencia, si esos expertos forman parte de la lista oficial de peritos y auxiliares de la justicia correspondiente al Juzgado que los ha designado... (lo cual) hace que esos peritos se presumen idóneos en la correspondiente materia, sin necesidad de más pruebas. Exigir para la apreciación de determinada prueba requisitos adicionales no consagrados por la ley, constituye en mi sentir un protuberante error de derecho del Tribunal de Cali".

Finalmente, dice el censor que es "irregular y carente de base legal y jurídica, como ha hecho el Tribunal de Cali, reemplazar el concepto de los peritos oficiales designados por el juzgado, por el concepto del propio Tribunal, cuyos conocimientos especializados en grafología no tienen por qué presumirse ni aparecen acreditados en forma alguna dentro del proceso... no está probado dentro del proceso que los Magistrados que suscriben la setencia del Tribunal que estoy acusando, tengan mejores conocimientos, mayor competencia, mejores estudios y mayor experiencia en grafología, que los peritos oficiales."

El impugnante afirma que la citada carta que fue acompañada como prueba a la demanda, al haber sido tachada de falsa por las demandadas, era a éstas a quienes incumbía demostrar plenamente la falsedad y que no habiéndolo hecho en modo alguno, debió tenérsela por reconocida y habérsele dado en consecuencia el pleno valor probatorio que tiene. Considera entonces que se violaron los Arts. 290 inc. 4º, 292 y 293 del C. de P. C. y el "aforismo que dice: **'reo in excipiendo fit actor'**".

Al respecto recuerda que ante la carencia de pruebas en la citada tacha, el juez de primera instancia decretó oficiosamente un cotejo de la firma de Zaccour que en la carta aparece con otras puestas por el mismo en documentos auténticos y un dictamen grafológico-pericial, y que según las conclusiones de éste, aquella firma es auténtica. Hace hincapié en que el citado dictamen pericial no fue impugnado por ninguna de las partes y que los peritos que lo rindieron fueron nombrados por el juez tomando sus nombres de la lista oficial respectiva.

Consideraciones de la Corte

En verdad no es muy claro el pensamiento del censor respecto de los errores de carácter probatorio que atribuye el Tribunal. Sinembargo, como lo ha expuesto esta Corporación, "hay ocasiones en que la demanda de casación, auncuando defectuosa en su redacción, le da a la Corte, actuando con un criterio de obligada amplitud, margen para destacar el pensamiento muchas veces confuso del recurrente en orden a los conceptos que estima equivocados del sentenciador y a las disposiciones y formas rituales cuyo quebrantamiento autoriza la casación". (XLVIII, pág. 713).

Con ese criterio, pues, se procede al estudio de los varios errores que según la censura habría cometido el sentenciador en lo que atañe a las pruebas que menciona el cargo en estudio.

A) Que se permitió totalmente la carta del 22 de mayo de 1959 dirigida a la demandante por el presunto padre, lo cual constituiría error de hecho, por tratarse de prueba trascendente para la decisión, ya que dicha misiva contiene una confesión inequívoca de paternidad.

Este yerro no lo cometió el Tribunal, como que en la sentencia mencionó y analizó la carta en cuestión, pero consideró que por no haberse probado su autenticidad no podía ser apreciada como prueba de la paternidad natural.

B) Que como las demandadas tacharon de falsa la carta mencionada y no demostraron esa falsedad como les incumbía hacerlo, ni siquiera solicitaron pruebas con ese fin, el Tribunal erró de derecho al no haberla apreciado como documento auténtico.

Es lo cierto que en este proceso ninguna de las dos partes se preocupó por aducir prueba alguna tendiente a demostrar que la referida carta era auténtica o por el contrario que era falsa. Lo primero era deber de la demandante; respecto de lo segundo, como adelante se verá, las demandadas no tenían ninguna carga procesal, por no haber sido ellas las otorgantes. Esa omisión probatoria la suplió acuciosa y acertadamente el juez de primer grado, al decretar el cotejo y una prueba pericial a cargo de grafólogos de las cuales dedujo su autenticidad.

El Tribunal, al conocer en grado de apelación de lo decidido a este respecto por el juez, estuvo en desacuerdo con éste, la revocó y en su lugar declaró que no se había probado la autenticidad de la carta de marras.

La ley establece un régimen distinto respecto de los documentos privados no auténticos que se allegan como prueba a un proceso, según que la parte contra quien se presentan sea su propio otorgante y se afirme haber sido firmados o manuscritos por él, o que sean los causahabientes de éste, cuando el otorgante a quien se atribuyen ha fallecido.

a) En el primer caso, o sea, cuando el documento se aduce contra su otorgante y se afirma estar firmado o manuscrito por éste, para que no se produzca el reconocimiento tácito que prevé el numeral 3º del Art. 252 del C. de P. C., dicho otorgante deberá tacharlo de falso en cualquiera de las oportunidades que establece el primer inciso del Art. 289. ibídem.

La tacha está sujeta a ser formulada en escrito en el que deberá "expresarse en qué consiste la falsedad y pedirse pruebas para su demostración" caso en el cual el juez (salvo que el documento impugnado carezca de influencia en la decisión del proceso o incidente), deberá darle el trámite previsto en el Art. 290. Por regla general, la tacha sólo será resuelta por el juez en la sentencia mediante la cual se falle el proceso, o, en su caso, en la providencia que decida el incidente en el que aquélla se produjo. En cambio, si la falsedad se alega en procesos de sucesión o en los de ejecución en que no se hayan propuesto excepciones, "la tacha se tramitará y resolverá como incidente".

Si la parte que aportó el documento desiste de invocarlo como prueba, el tramite de la tacha se terminará en cualquiera de los casos expuestos. En ambos, desde luego, la carga probatoria de la falsedad incumbe a quien formula la tacha, sin perjuicio de que el juez haga uso de la facultad oficiosa que le confiere el Art. 180.

b) Cuando un documento privado no auténtico se presenta como prueba en un proceso, afirmándose haber sido firmado o

manuscrito por el causante de las personas contra las cuales se aduce, a éstas les basta con desconocer su autenticidad en las mismas oportunidades que señala el primer inciso del Art. 289, tal como lo disponen el segundo inciso del mismo artículo artículo y el numeral 3º del 252. En este evento, a menos que a juicio del juez el escrito de que se trata no constituya prueba fundamental para la decisión que debe proferir, según lo ordena el Art. 276 debe procederse a verificar la utenticidad del mismo en la forma establecida para la tacha de falsedad, con inversión de la carga probatoria prevista para ésta, como que es a la parte que presentó el documento a la que incumbirá demostrar su autenticidad. En consecuencia, los causahabientes, no tienen ninguna obligación probatoria en el incidente de autenticidad. Como es obvio, aquí quedan igualmente a salvo las facultades oficiosas del juez para decretar las pruebas que estime convenientes.

Sea que se haya propuesto la tacha de falsedad sin que ésta se haya demostrado o que habiéndose suscitado el incidente de autenticidad el proponente haya logrado su propósito, el juez deberá hacer pronunciamiento expreso al respecto y por tanto el documento se convertirá en auténtico. Si por el contrario la tacha prospera o no se logra establecer la autenticidad del escrito, la respectiva decisión judicial comporta necesariamente que el documento carece por completo de valor probatorio en el proceso, y además deberá darse cumplimiento a lo que estatuye el Art. 291.

c) Según el segundo inciso del Art. 276 del C. de P. C., se produce reconocimiento implícito de un documento privado no auténtico, lo que por consiguiente lo convierte en auténtico y por ende en plena prueba, cuando habiéndose aportado al proceso contra su otorgante, éste no lo tacha de falsa y demuestra plenamente la falsedad, o bien si se ha aducido contra los causahabientes de dicho otorgante. éstos no han desconocido o negado su autenticidad, tal como está previsto en el numeral 3º del Art. 252. Cuando esta especie de reconocimiento se produce, es lógico que ya no cabe tachar de falso el documento por estar precluidas las oportunidades que la ley brinda al efecto.

d) En cambio, cuando se trata de un documento público (cuya autenticidad presume la ley) o de uno privado, auténtico por presunción legal la situación que se comenta sufre un señalado cambio. Si alguno de tales documentos se presenta como prueba en un proceso contra su otorgante o contra los causahabientes de éste, uno y otros pueden tacharlo de falso y tienen que afrontar la carga probatoria respectiva. A los últimos no les bastaría con desconocer esa autenticidad que de antemano se halla establecida. No sobra advertir, que la tacha en cuestión no tiene cabida cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión y en el caso de que trata el numeral 4º del Art. 252, en este último, porque la declaración judicial de autenticidad está revestida del sello de ejecutoria; mal podría debatirse nuevamente una cuestión ya definida por la justicia. Tampoco la tiene si se presenta el fenómeno de la prejudicialidad penal contemplado en el Art. 291-1 ibídem, o en el caso comentado en el literal inmediatamente anterior, in fine, vale decir cuando ha precluido el término para proponer la tacha.

Tales son, a muy grandes rasgos, las diversas situaciones que pueden presentarse a propósito de la falsedad o de la autenticidad de la prueba documental.

C) Que los peritos grafólogos no acreditaron su idoneidad para desempeñar el cargo ni ésta está establecida en el proceso por otros medios.

No se pone en duda que la ley no exige que los peritos acrediten previamente su calidad de tales, ni su competencia para dictaminar sobre el punto que ha sido sometido al concurso de sus luces y experiencia, ni sobre la idoneidad que posean para cumplir su cometido. A ese respecto no existe norma legal alguna. Otra cosa es que la ley establezca que al valorar el concepto pericial el juzgador deba tener en cuenta, no sólo la "firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos" (Art. 241 C. de P. C.), sino también "la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. (ha subrayado la Corte).

Esta apreciación o valoración del concepto pericial depende, desde luego, de la libre apreciación razonada que le otorgue el sentenciador, dentro de su discreta autonomía para darle valor de persuación o los elementos de juicio que debidamente allegados obren en el proceso, teniendo en cuenta los factores arriba apuntados. Sinembargo, la ausencia de uno sólo de ellos, cual sería la prueba específica de la competencia de los peritos, no basta para que se desestime su concepto, máxime si la misma ley no ordena que sean ellos mismos quienes la acrediten ni le impone esa carga probatoria a las partes.

Desde este punto de vista, el reparo que la parte recurrente formula a la decisión del Tribunal es fundado sin lugar a la menor duda. Recuérdese que los expertos que actuaron en este proceso fueron designados libremente por el juez de primera instancia, tomándolos de la lista oficial de grafólogos que tenía en su despacho y que las partes no los tacharon por incompetencia o por falta de idoneidad. Estos dos factores llevan a concluir que los peritos sí poseían la capacidad y los conocimientos técnicos y científicos que infundadamente les negó el Tribunal al desestimar por ese motivo su dictamen. De lo contrario, debe suponerse que no habrían formado parte de la lista oficial de grafólogos, que en tanto no se demuestre lo contrario, se debe entender que está integrada de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 4º a 8º del Decreto 2265 de 1969, o que los contendientes los hubieran tachado.

De otro lado, ambas partes aceptaron implícita pero inequívocamente no sólo la calidad del dictamen sino también la idoneidad de los peritos grafólogos, al no haber objetado su concepto dentro del término legal de que al efecto disponían.

Erró de derecho, pues, el Tribunal de Cali al haber desestimado el dictamen, por el motivo que se deja expuesto, como prueba de la autenticidad de la carta que aparece suscrita por Edmond Zaccour el 22 de mayo de 1959 y que se adujo para acreditar la presunción de paternidad que se invoca en la demanda con apoyo en el numeral 3º del Art. 6º de la Ley 75 de 1968, porque no existe norma legal alguna de que al efecto los expertos deban acreditar su competencia en la materia que se somete a su concepto.

D) Que el Tribunal incurrió en error de hecho el haber preterido, además de la carta de que antes se habló (literal A), las pruebas de cotejo de la firma de Zaccour tachada de falsa con otras de indiscutible autenticidad y la grafológico-pericial, en la que los expertos conceptuaron que aquella firma es auténtica.

Es bien sabido que el error de hecho consiste en que el sentenciador haya omitido tener en cuenta una prueba que obra en los autos (preterición total) o que le haya cercenado su contenido objetivo (preterición parcial) o bien en que haya supuesto una prueba inexistente en el proceso (suposición total) o que haya exagerado el contenido objetivo de la que sí obra (suposición parcial). A estas diversas formas de error de hecho se ha referido extensamente esta Sala infinidad de veces.

Tal como viene planteada la censura en cuanto a las dos pruebas arriba indicadas, se deduce inequívocamente que se acusa la sentencia de haber incurrido en preterición de las mismas. "No las apreció" dice el recurrente. Preterición total no la hubo en ningún caso, porque el Tribunal dedicó largas páginas de su sentencia a analizarlas ambas para concluir desestimando como tal el dictamen grafológico. La prueba de cotejo no le mereció ningún reparo. Aquella conclusión la basó en que, a su juicio, los peritos limitaron su dictamen a hacer "una descripción morfolétrica de las firmas objeto del cotejo", en los puntos 1º, 2º. y parte del 4º; a una "apreciación a simple vista de los rasgos de las letras de la firma materia del cotejo", de la cual "hacen inferencias de los síntomas de las enfermedades padecidas por la persona que escribió tales rasgos", en el punto 3º; y en el punto 4º, a anotar "las dimensiones del nombre 'Edmond' y del apellido 'Zaccour' en las fotografías que de las firmas utilizaron los peritos para su trabajo, con anotación también de los porcentajes de esas dos dimensiones."

Pues bien, si se lee detenidamente el cuestionado dictamen se observa que los grafólogos tuvieron en cuenta para rendirlo otros aspectos técnicos que el Tribunal no menciona.

"Los aspectos fundamentales de esta signatura —dicen los expertos refiriéndose a las 'particularidades esenciales de la firma del Sr. Edmond Zaccour'— han sido divididos en cuatro, a saber: 1º) Características morfológicas. 2º) Topografía escritural. 3º) Características somáticas. 4º) Anormalidades caligráficas e inclinación." sobre cada uno de tales aspectos hacen extensas consideraciones científicas, analizando no sólo letra por letra y rasgos por rasgo, sino también la velocidad con que éstos fueron realizados, las diferentes inclinaciones, los diversos ciclos de la firma, contornos caligráficos, inclinación, "tamaño de los bucles invertidos que forman el final de la firma". etc. Desde luego también detallan los pormenores del concepto que sí fueron tenidos en cuenta y destacados por el Tribunal, y que éste consideró como únicos fundamentos del dictamen.

Esta simple comparación entre la fundamentación que el sentenciador le atribuyó al dictamen y la que éste verdaderamente tiene, indica muy a las claras que se configura un caso de preterición parcial de la prueba, en cuanto se le cercenó en parte apreciable su contenido objetivo. La Sala estima que es evidente el error de hecho de que por el aspecto indicado adolece la sentencia objeto del recurso.

Los dos últimos errores probatorios que se acaban de comentar basta para desquiciar por completo el fallo del Tribunal, ya que éste apoyó su desestimación del dictamen pericial únicamente en dos motivos, ambos equivocados: que los peritos no eran idóneos para el desempeño de su cometido, o que al menos no demostraron serlo, y que la fundamentación del dictamen es pobre e incompleta. Tales errores produjeron como consecuencia el quebranto por inaplicación de las normas sustanciales que indica la censura.

De esta suerte el cargo en estudio está llamado a prosperar.

Se impone, pues, la casación del fallo impugnado, porque los apuntados errores probatorios llevaron al sentenciador a desestimar una prueba trascendente en el proceso: la carta suscrita por el presunto padre el 22 de mayo de 1959 que constituye una confesión inequívoca de la paternidad natural cuya declaración solicita la parte demandante.

Competiría entonces, en grado de instancia, proferir la correspondiente sentencia de reemplazo, pero dada la complejidad de la cuestión sub judice y particularmente que en los autos obran dos dictamenes periciales en un todo contradictorios respecto de la falsedad o autenticidad de la firma que autoriza la mencionada carta, la Corte considera necesario hacer uso de la facultad que le otorga el tercer inciso del Art. 375 del C. de P. C., en relación con lo dispuesto en la parte final del segundo inciso del Art. 233 ibídem.

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 objeto del recurso y antes de proferir en instancia la que debe reemplazarla,

Resuelve:

Decrétase un nuevo dictamen pericial a cargo de grafólogos para que con apoyo en las pruebas que obran en el proceso, tales como el cotejo (C. fls. 19 a 20) y los anteriores dictámenes, conceptúen sobre la falsedad o autenticidad de la firma que autoriza la carta de fecha 22 de mayo de 1959, de la cual fue destinataria Luz María Candelo, carta que obra a fl. 118 del C. Nº 1.

Los peritos, a quienes se faculta para utilizar auxiliares o para solicitar el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (Art. 237-2º del C. de P. C.), deberán conceptuar también sobre los puntos B, C, y Ch del escrito presentado por la parte demandante que obra a fl. 2 del C. Nº 4 y sobre lo solicitado por la parte demandada en los acápites 1º, 2º y 4º, punto VIII de su respuesta a la demanda que figura a folios 97 del cuaderno Nº 1º.

Designase como peritos a los señores Alberto Posada Angel y Angel Vélez Angel, quienes forman parte de la lista oficial de la Corte.

Señálase la hora de las tres de la tarde del día lunes veintiuno del mes en curso para que los peritos tomen posesión de sus cargos. Por la Secretaría hágaseles saber.

Los peritos rendiran su dictamen dentro del término de treinta días contados a partir de aquél en que tomen posesión de su cargo.

Cópiese y notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

REIVINDICACION

Apreciación de las pruebas: error de hecho y error de derecho

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por las intervinientes ad excludendum contra la sentencia de 28 de abril de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por ISIDRO MUÑETONES en frente de ALFONSO ZAMORA.

I

Antecedentes

1. Alfonso Zamora y Emilia Cubides contrajeron matrimonio católico el 10 de abril de 1948, en la Iglesia Parroquial de San Miguel Arcángel de Villeta.

De esta unión connubial nacieron Luz Mary y Rita Stella Zamora Cubides.

2. Mediante Escritura pública número 121 de 29 de marzo de 1951, otorgada en la notaría principal de la ciudad de Villeta e inscrita el 12 de mayo siguiente en la Oficina de Registro del Círculo de Facatativá, Miguel Alfonso Tinjacá expresó vender a favor de Alfonso Zamora "los derechos y acciones que le correspondan por herencia de su madre Anaís Castillo y de su hermano Nicolás Tinjacá".

Con expresa aceptación del comprador, manifestó el vendedor que los derechos objeto de la compraventa "se hallan vinculados especial y expresamente en una casa de bahareque, paja y teja metálica situada en el área urbana de la población de Villeta y cuyos linderos generales son los siguientes: por el frente, con la carrera cuarta (4ª); por otro costado, con casa y solar de Marcos García; por otro costado, linda también con solar del mismo Marcos García; y por el último costado, con casa y solar de Algemiro Piñeros".

3. Rosa Emilia Cubides de Zamora murió el 22 de mayo de 1954.

Y mucho tiempo después, como que lo vino a ser por auto de 4 de junio de 1969, el Juzgado Civil Municipal de Villeta declaró abierto allí el correspondiente proceso de sucesión; reconoció a Luz Mery Zamora de Báez, Rita Stella Zamora de López y a Alfonso Zamora como interesados en la mortuoria, a las dos primeras como herederas de la causante, como hijas legítimas suyas, y al tercero como cónyuge sobreviviente; además, declaró disuelta la sociedad conyugal formada por el matrimonio Zamora-Cubides.

4. Dentro del proceso hipotecario que Marco Antonio Flórez había iniciado contra Alfonso Zamora en el Juzgado Municipal de la sobredicha población, se practicó, el 4 de julio de 1969, la diligencia de remate del bien ordenado subastar.

En ella se adjudicó a Isidro Muñetones Velásquez, como a mejor postor, "el siguiente inmueble objeto de este remate, de propiedad del ejecutado Sr. Alfonso Zamora, adquirido por éste según Escritura Nos. 267 de agosto 28 de 1959, de la Notaría de Villeta, por medio de la cual se protocolizaron las declaraciones rendidas por Gregorio Gutiérrez, Dionisio Salazar y Antonio Cubides, solicitadas por Alfonso Zamora, que versan sobre una construcción hecha a expensas del peticionario dentro del inmueble adquirido por la Escritura Nº 121 de 29 de marzo de 1951, debidamente registradas en la Oficina de Registro de Facatativá. 'Una casa-lote de habitación de

ladrillo y teja metálica, en regular estado, situada en la carrera 6ª, marcada en la actualidad con el número 6-61 y comprendida dentro de los siguientes linderos: por el frente, con la carrera 6ª; por otra parte, con propiedad de Alejandro Avila; por otro costado, con propiedad de Amelia Rodríguez; y, por la otra parte, con propiedad de Vicente Linares' ".

El remate fue aprobado por auto de 16 de julio del mismo año, e inscrito en el registro correspondiente el 2 de diciembre de 1971.

5. Al historiar la propiedad del inmueble subastado, el Registrador de Instrumentos Públicos de Facatativá, en certificado expedido en octubre de 1972, expresa:

"Alfonso Zamora adquirió el terreno por compra a Miguel Alfonso Tinjacá por Escritura número 121 de marzo 29 de 1951 de la Notaría de Villeta, registrada el 12 de mayo del mismo año en el Libro 1º Tomo 2º partida número 1083; y la construcción por haberla levantado a sus expensas, según declaraciones protocolizadas por Escritura número 267 de agosto 28 de 1959 de la Notaría de Villeta".

III

El litigio

1. Mediante escrito de 30 de junio de 1973 el citado Muñetones Velásquez demandó al mentado Alfonso Zamora ante el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) que el demandante es propietario del derecho de dominio "sobre una casa junto con el lote en que está edificada y su solar anexo", marcada con el número 6-61 de la carrera 6ª de Villeta, "comprendido todo casa y lote" dentro de los especiales linderos descritos atrás;

b) que, consecuencialmente, se condene al demandado a restituir a su demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo decida, el inmueble referido;

c) que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado a pagarle los frutos naturales y civiles producidos por tal inmueble, y no solamente los percibidos sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y

d) que se lo condene además al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante alegó en apoyo de sus pretensiones, quedan sintetizadas en las siguientes:

a) que él remató, dentro del proceso y en la fecha aludidos en los antecedentes, el inmueble que aquí pretende reivindicar;

b) que no obstante que el Juzgado de Villeta, al aprobar el remate en auto de 16 de julio de 1969, ordenó la entrega del bien subastado al rematador, "por parte de quien lo tuviera en cualquier calidad, esta diligencia no se llevó a cabo porque el Juzgado consideró que no estaba dentro de sus obligaciones de hacer la entrega"; y

c) que el demandado Zamora, dice la demanda en la afirmación 4ª, "está en posesión material del inmueble rematado y como no fue secuestrado dentro del proceso de ejecución, se ha negado a entregarlo a pesar de que mi mandante es el titular del derecho de dominio".

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

En cuanto a los hechos, aceptó la mayoría pero negó otros. Expresó no ser él el poseedor del bien, pues, dijo, "la posesión es ejercida por la sucesión de la señora Emilia Cubides de Zamora y la sociedad conyugal ilíquida de ésta con Alfonso Zamora".

4. Encontrándose en trámite la primera instancia del proceso, advinieron a él Luz Mery Zamora de Báez y Rita Stella Zamora de López, quienes apoyándose jurídicamente en lo estatuido por el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil formularon demanda contra los citados Isidro Muñetones y Alfonso Zamora, a fin de que, en el mismo proceso seguido por aquél contra éste, se hiciesen estas declaraciones:

a) que el pleno dominio de la casa Nº 6-61 de la carrera 6ª de Villeta, junto con el terreno en que está edificada, comprendida dentro de las alindaciones atrás descritas, pertenece "a la sucesión de la señora

ra ROSA EMILIA CUBIDES DE ZAMORA, y a la sociedad conyugal ilíquida de ésta con ALFONSO ZAMORA"; y

b) que, como consecuencia, se ordena la cancelación del registro de la diligencia de remate de 4 de julio de 1969, en la cual se adjudicó dicho bien el demandado Muñetones Velásquez.

5. Además de los hechos que fluyen de algunos de los antecedentes relatados, las intervinientes ad excludendum invocaron los siguientes:

a) que el reivindicante, según su demanda, cita como título de dominio a su favor la diligencia de remate "de que trata el certificado expedido por la Oficina de Registro de Facatativá";

b) que, según dicho certificado, Alfonso Zamora adquirió por Escritura Nº 121 de 29 de marzo de 1951 los "derechos y acciones herenciales" que pertenecían a Miguel Alfonso Tinjacá;

c) que para entonces, por virtud del matrimonio celebrado entre el comprador y Emilia Cubides desde abril de 1948, existía entre éstos sociedad conyugal;

d) que, por tanto, el bien comprado por Zamora en 1951 ingresó al haber de la sociedad conyugal, la cual se disolvió, por muerte de la cónyuge, el 22 de mayo de 1954; y

e) que dentro del proceso sucesorio de la finada se reconoció a las intervinientes como herederas, y a Alfonso Zamora como cónyuge sobreviviente.

6. De los dos demandados aquí, solamente Muñetones contestó la demanda de las intervinientes oponiéndose a las pretensiones de éstas.

En esa misma oportunidad propuso como excepción "la prescripción general de los derechos alegados" por sus demandantes.

7. Surtido que fue todo el trámite de la primera instancia del proceso, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 10 de septiembre de 1975, mediante la cual tomó las siguientes decisiones:

a) denegó las súplicas deducidas en la demanda de intervención formulada por Mery Zamora de Báez y Rita Stella Zamora de López;

b) consecuencialmente, condenó a estas intervinientes ad excludendum a pagar a sus demandados multa en cuantía de $ 1.000.00, las costas causadas con la intervención y los perjuicios ocasionados a ellos, cuyo monto ordenó liquidar por el procedimiento correspondiente;

c) declaró que el demandante Muñetones Velásquez es el dueño de "la casa junto con el lote en que está edificada", ubicada en el área urbana de Villeta, marcada con el número 6-61 de la nomenclatura de allí, distinguida por los linderos descritos en la demanda introductoria del proceso;

d) por consiguiente, condenó al demandado Alfonso Zamora a restituir dicho inmueble al demandante, y a pagarle los frutos naturales y civiles que el bien "haya podido producir con mediana inteligencia y cuidado, a partir de la notificación de la demanda"; y

e) finalmente, impuso a dicho demandado "las costas del proceso".

8. Como efecto de la apelación interpuesta por las intervinientes y el demandado contra lo así resuelto, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, mediante su sentencia proferida el 28 de abril de 1976, confirmó la apelada e impuso a los apelantes las costas de la instancia.

IIII

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de sintetizar los antecedentes del litigio, en el inicio de las motivaciones de su sentencia el Tribunal determina los hechos que, "mediante pruebas legalmente decretadas y practicadas", halla acreditados en el proceso. Al punto expresa que:

a) en el remate llevado a cabo en el proceso de venta de Marco Antonio Flórez contra Alfonso Zamora, el Juzgado Civil Municipal de Villeta le adjudicó a Isidro Muñetones Velásquez "el inmueble que reivindica";

b) la "sentencia" aprobatoria de dicho remate se inscribió en la Oficina de Registro de Facatativá, y el certificado expedido por esta oficina "indica que Muñetones Velásquez es el actual titular del dominio sobre la finca materia de este proceso";

c) la inspección judicial practicada evidencia que el demandado Zamora "está

en posesión del inmueble reivindicado", y, además, la identidad del bien poseído por el demandado y el que el demandante pretende que se le restituya;

d) "se acreditó también, mediante las pruebas aptas para ello, que Alfonso Zamora adquirió los derechos sobre el inmueble materia de la reivindicación el 29 de marzo de 1951";

e) el 10 de abril de 1948 Alfonso Zamora contrajo matrimonio con Emilia Cubides, y la muerte de ésta ocurrió el 22 de mayo de 1954; y

f) en el proceso sucesorio de dicha causante "fueron reconocidas como herederas las intervinientes ad excludendum y como cónyuge sobreviviente el demandado Zamora".

2. Sobre la consideración de que en el derecho colombiano la compraventa, por sí sola, no transfiere la propiedad sino que tan sólo genera obligaciones, una de las cuales es precisamente la de transferir el dominio de la cosa vendida, nota el ad quem que por ello es válida la venta de cosa ajena, aunque sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño de la cosa, puesto que a él le es inoponible esa convención.

A renglón seguido advierte el sentenciador que el principio por él apuntado encuentra dos excepciones: una de origen legal, que tiene lugar cuando el comprador adquiere el dominio de la cosa comprada por medio de la prescripción; y otra de origen doctrinario, fundada en las teorías de la buena fe y el error común.

3. Y luego de detenerse en consideraciones atinentes al origen, naturaleza y alcance de dichos dos fenómenos jurídicos, asevera el Tribunal.

"También en las ventas que se hacen por ministerio de la justicia puede ocurrir el fenómeno de la venta de cosa ajena, cuando sale a subasta pública un bien que se reputa de propiedad del ejecutado, siendo en realidad de otra persona. O, en menor grado, —añade— cuando es subastado como de propiedad de uno de los socios de la comunidad conyugal un bien que pertenece a ésta".

Agrega el juzgador ad quem que, en tales casos, la buena fe del adquirente "hay que presumirla por el solo hecho de la licitación. Acto realizado por el Estado por medio de uno de sus órganos, —dice— está llamado a infundir plena confianza a los particulares que se presentan a hacer postura; tanto más cuando nadie hace objeción alguna al acto que se va a realizar, como parece haber ocurrido en el caso presente".

4. Después de afirmar que resultaría inadmisible "negar la buena fe de aquéllos que confiaron en el Estado y aún más, en el órgano judicial" del Poder Público, con citas de algunas jurisprudencias en el punto observa el Tribunal que la Corte Suprema, aún antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, acogió los principios de la buena fe y el error común, en favor de los terceros adquirentes de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal y que sin embargo les son transferidos por uno solo de los cónyuges.

5. Desestimada, pues, por él las pretensiones de las intervinientes ad excludendum, pasa el Tribunal a analizar las súplicas aducidas por Isidro Muñetones en la demanda inicial del proceso.

Al efecto, después de enunciar los cuatro presupuestos que según doctrina tradicional estructuran la acción reivindicatoria, que es la que encuentra deducida en dicha demanda, dice que todos ellos "están acreditados debidamente en el proceso".

Asevera que "en virtud de la diligencia de inspección judicial y los testimonios oídos, lo mismo que con la copia de la diligencia de remate y el certificado de registro, quedaron acreditados a satisfacción los mencionados elementos fundamentales de la acción reivindicatoria".

IV

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpusieron casación las intervinientes ad excludendum. En la demanda respectiva y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, las recurrentes formulan contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusan de ser indirectamente violatorio, por inaplicación, de los artículos 752, 756, 757, 1633, 1781 numeral 5 y 1013 del Código Civil; y de los textos 946, 950, 961 y 964 ibídem, éstos por aplicación indebida, como consecuencia de

los errores de hecho manifiestos en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. En desarrollo de la censura las recurrentes denuncian tres errores de hecho, que determinan y concretan así:

a) en que, no obstante que la diligencia de remate y el respectivo certificado del Registrador hablan de la adjudicación a Muñetones de "una construcción hecha por el peticionario dentro del inmueble adquirido" por Alfonso Zamora por la Escritura Nº 121 de 29 de marzo de 1951, el Tribunal, "apreciando erróneamente esos dos documentos", declaró al sobredicho Muñetones "dueño y propietario del dominio pleno sobre una casa junto con el lote en que está edificada.. ";

b) "no haber apreciado o examinado" el Tribunal la copia de la Escritura Nº 121 de 29 de marzo de 1951, otorgada en la Notaría de Villeta, en la cual se dice claramente que lo que Alfonso Zamora compró fueron "LOS DERECHOS Y ACCIONES QUE LE CORRESPONDAN POR HERENCIA DE SU MADRE ANAIS CASTILLO Y DE SU HERMANO NICOLAS TINJACA".

Explanando el yerro fáctico que aquí denuncia, dice la demanda de casación que "pese a que los términos anteriores son perfectamente claros, ni el Juzgado ni el Tribunal quisieron mirar el instrumento que los contiene para obrar acertadamente en la valoración de la prueba que acreditara el dominio del inmueble determinado en la demanda de reivindicación, tanto más cuanto que en el acta de remate se menciona esta escritura como la que acredita que la construcción se levantó en terrenos de Alfonso Zamora y en el certificado del Registrador como título de adquisición del terreno"; y

c) error evidente de hecho "por no haber apreciado las pruebas que acreditan el derecho de la sociedad conyugal Zamora-Cubides y de la sucesión de Rosa Emilia Cubides de Zamora sobre los derechos cedidos por Miguel Alfonso Tinjacá a Alfonso Zamora".

Consideran las impugnadoras que sin embargo de la existencia en el proceso de la citada Escritura Nº 121 de 1951, de la copia del acta de matrimonio Zamora-Cubides celebrado en 1948, del acta de defunción de Emilia ocurrida en mayo de 1954, y del auto del Juzgado de Villeta en que declaró abierto allí su proceso sucesorio, "el Tribunal descartó el derecho de dichas entidades a obtener el reconocimiento del derecho que surge de la citada Escritura 121, no obstante que la adquisición la hizo Zamora después del matrimonio y antes de la disolución de la sociedad conyugal".

V

Consideraciones de la Corte

1ª) Determinando la finalidad de la casación, tradicionalmente ha sostenido la doctrina que como la cuestión atinente al discernimiento de los hechos del proceso es actividad que corresponde a los juzgadores de instancia y cae bajo su soberanía, sus apreciaciones en el punto son, en principio, intocables en este recurso extraordinario y quedan por tanto fuera de su órbita.

No obstante ello, la casación permite la censura de la apreciación y de la interpretación que de los hechos haga el juez a través del examen de las pruebas, pues si parte de premisas falsas en lo tocante a ellos o de hechos inexactos o incompletos, es claro que no falla secundum jus; y como al proceder así no realiza el derecho objetivo, la casación tiene entonces que entrar a restaurarlo.

"Ha sido doctrina constante de esta Corporación que la sentencia de segundo grado sube amparada por la presunción de acierto; y que como el Tribunal es autónomo en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables en el recurso extraordinario, mientras por el impugnante no se demuestre que aquél, al efectuar tal apreciación, incurrió en error de hecho evidenciado en los autos o en infracción de las normas que disciplinan y regulan su valoración" (sentencia de 13 de agosto de 1971, dictada en el ordinario de Camila Quintero contra Margarita Marulanda, no publicada en la Gaceta Judicial).

2ª) La actividad mental del juez en punto de la apreciación de las pruebas presenta dos momentos distintos: el primero, en el cual el fallador concreta su atención a verificar la existencia de la prueba en el proceso y a determinar su contenido, es decir, a contemplar su objetividad; y el se-

gundo, en el cual toma la prueba que ha encontrado, para, con base en la ley probatoria, ponderarla, pesarla, medir su eficacia y su fuerza de convicción. En la primera de estas dos fases de dicho proceso mental puede el juez incurrir en error de hecho; en la segunda, en error de derecho.

Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del juez en la contemplación objetiva de la prueba; al paso que el error de derecho emana de la desacertada contemplación jurídica de ella. El primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre la valoración de ésta, según el sistema legal regulativo del medio probatorio.

3ª) Para precisar en casación el concepto de error de hecho, es necesario observar pues que éste no recae sobre el respectivo hecho, sino sobre la existencia o inexistencia del medio de prueba, por el aspecto material, objetivo o físico, y no por el jurídico. En esta especie de yerro incurre el juez cuando aprecia mal los hechos por haber considerado una prueba que no obra materialmente en el proceso, y por tanto desvirtúa la concepción sobre ellos; 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 modiifca, adicionando o cercenando, el contenido objetivo de la prueba realmente existente, hipótesis todas estas que comprenden los casos de suposición o preterición de pruebas.

Pero para que el error de hecho, en cualquiera de sus facetas, dé lugar a la casación del fallo combatido es necesario que sea evidente, o sea que, como lo preceptúa el artículo 368 del C. de P. C., "aparezca de modo manifiesto en el proceso".

Dícese que el error manifiesto, evidente u ostensible es el que aparece prima facie; y que justamente por ser tan protuberante, para poderlo hallar no se requieren 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).

4ª) Como quedó visto al relatar los antecedentes del litigio, en diligencia de remate verificada el 4 de julio de 1969 en el Juzgado Civil de Villeta, el aquí demandante se le adjudicó, como mejor postor, "el inmueble objeto de este remate, de propiedad del ejecutado Sr. Zamora, adquirido por éste según Escrituras Nos. 267 de agosto 28 de 1959,...por medio de la cual se protocolizaron las declaraciones rendidas... que versan sobre una construcción hecha a expensas del peticionario dentro del inmueble adquirido por la Escritura Nº 121 ...."(subraya la Corte). Y al determinarse los linderos del inmueble subastado se dijo: "Una casa-lote...., situada en la carrera 6ª, marcada en la actualidad con el número 6-61..."

El certificado del Registrador de Facatativá, después de expresar que el remate se inscribió allí, al hacer la historia del inmueble subastado, dice: "Alfonso Zamora adquirió el terreno por compra a Miguel Alfonso Tinjacá por Escritura Nº 121 de marzo 29 de 1951 de la Notaría de Villeta, registrada el 12 de mayo del mismo año en el Libro 1º Tomo 2º Partida Nº 1083; y la construcción por haberla levantado a sus expensas según declaraciones protocolizadas por Escritura Nº 267 de agosto 28 de 1959..." (aquí también subraya la Corte).

Y añade este certificado que tal inmueble, "no ha sido enajenado por ISIDRO MUÑETONES VELASQUEZ", quien en el registro aparece como propietario inscrito.

5ª) Amparado en estos dos documentos, dijo el Tribunal que el demandante había acreditado ser propietario del "inmueble que reivindica" o sea, según la demanda, de la casa Nº 6-61 de la carrera 6ª de Villeta, "junto con el lote en que está edificada".

Y si, como se ha visto, aquellos medios probativos aluden genéricamente al inmueble 6-61, integrado, según ellos, por la construcción y por el terreno, no puede decirse que la conclusión del sentenciador sea ostensiblemente contraria a lo que el contenido de tales pruebas indica, muy a pesar de que la Escritura Nº 121 de 1951, que en aquellos documentos se cita, solamente aluda a la compra de derechos y acciones "vinculados especial y expresa-

mente en una casa de bahareque, paja y teja metálica".

Para que existiera en tal juicio del Tribunal error de hecho manifiesto, sería necesaria la prueba que evidenciara que el objeto del remate fue solamente la construcción, sin incluir el suelo donde ésta se levantó, y esa demostración no aparece en el proceso. Pero ni siquiera está acreditado que el citado terreno pertenece a las intervinientes, desde luego que el título que aportan en apoyo del derecho que reclaman es, precisamente, la sobredicha Escritura 121, contentiva de la compra por Zamora de derechos radicados "especial y expresamente en una casa de bahareque, paja y teja metálica".

Si el recurrente cree que erró el sentenciador al apreciar el certificado del Registrador como idóneo para demostrar la propiedad del inmueble, en la censura olvida que es posible yerro, por no referirse al contenido material de la prueba sino a su valoración, no lo podría considerar la Corte dentro de los límites de error de hecho que el impugnante le ha demarcado a su acusación.

6ª) Muy al contrario de lo que la demanda de casación afirma, el Tribunal ad quem sí apreció en su sentencia tanto la citada escritura Nº 121, como la copia de las actas del matrimonio de Alfonso Zamora con Emilia Cubides, y de la defunción de ésta, lo mismo que el auto del juzgado que abrió al proceso sucesorio correspondiente.

Sin embargo de no haberlas discriminado ni identificado en él con tales nominaciones, el contexto de su fallo paladinamente ostenta que el ad quem sí vio y apreció tales pruebas. En uno de sus apartes dice en efecto la sentencia: "Se acreditó también, mediante las pruebas aptas para ello, que ALFONSO ZAMORA adquirió los derechos sobre el inmueble materia de la reivindicación el 29 de marzo de 1951. Que el 10 de abril de 1948 contrajo matrimonio con EMILIA CUBIDES y que ésta falleció en 1954. En cuanto a su sucesión, se demostró que cursa en el Juzgado Civil Municipal de Villeta y que en tal proceso fueron reconocidas como herederas las intervinientes ad excludendum y como cónyuge sobreviviente al demandado ZAMORA".

La más elemental lógica de las cosas impulsa a la Corte a afirmar que la única razón que justifica los anteriores asertos del Tribunal, es indubitablemente que éste sí consideró en su sentencia todos y cada uno de los elementos de prueba que la censura señala como preteridos por aquél.

Justamente, por haber tenido en cuenta esas pruebas, particularmente a la Escritura Nº 121 de 1951 el Tribunal le atribuyó deficiencia, como título de propiedad del tradente del rematador sobre el bien subastado; y en esas condiciones habló del fenómeno de la venta de cosa ajena, del que dijo podría presentarse también en las ventas hechas con intervención de la justicia.

7ª) Por la insistencia que de él hace en su sentencia, bien parece que el fundamento cardinal que condujo al fallador a negar la pretensión de las intervinientes ad excludendum, o sea la consistente en que son la sociedad conyugal ilíquida Zamora-Cubides y la sucesión de Cubides de Zamora las verdaderas propietarias del inmueble aquí litigado, fue el de que Muñetones, no obstante haber rematado un bien que no pertenecía en su totalidad al ejecutado, estaba amparado en su buena fe.

Y como este pilar de la sentencia, ni remotamente lo impugna el recurrente en su demanda, continúa prestándole apoyo firme a la resolución combatida, la cual por tanto no puede quebrarse.

A este propósito, la doctrina de esta Corporación ha dicho que "aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" (LXXI, 740).

No prospera, pues, el cargo.

VI

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

OBLIGACION DE HACER

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en este proceso ordinario de CLAUDIO MORON MOSCOTE contra CONSERVAS CALIFORNIA S. A.

I

Antecedentes

1. El petitum de la demanda originaria del proceso es del siguiente tenor:

"PRIMERO: Que la sociedad 'CONSERVAS CALIFORNIA S. A.', en su sucursal de La Soledad, Departamento del Atlántico, violó el contrato celebrado con el señor Claudio Morón Moscote el día 24 de agosto de 1972, en la ciudad de La Paz, Departamento del Cesar, sobre asistencia técnica y financiera para el cultivo de tomate en el predio llamado 'EL RIECITO', ubicado en el mencionado Municipio de Robles.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la misma sociedad a pagar al señor Claudio Morón Moscote el valor total de los perjuicios económicos o materiales, daño emergente y lucro cesante, que causó a éste con la violación del contrato a que se hace referencia en la petición anterior.

"TERCERO: Se condene en costas a la sociedad demandada".

2. Como causa petendi, invoca el actor hechos que pueden resumirse así:

a) Entre él y la sociedad demandada se celebró el 24 de agosto de 1972 un contrato por el cual Conservas California S. A. se obligó a prestar a Morón Moscote asistencia técnica y financiera para un cultivo de tomate que comprendería treinta hectáreas del predio denominado "El Riecito", ubicado en el Municipio de Robles, del Departamento del Cesar. La asistencia técnica consistía en "mantener en la ciudad de La Paz un agrónomo que atendiera el cultivo del tomate en forma permanente, dando instrucciones sobre su siembra, preparación de la tierra, aplicación de abonos, herbicidas, fungicidas, etc. Para esto, seguramente para atender otros compromisos similares, la empresa abrió oficina de agronomía en la misma ciudad de La Paz, que estuvo atendida por los profesionales Plinio Castilla y Fernando Herrerra". Y la asistencia financiera radicaba en "suministrar oportunamente al agricultor todos los insumos necesarios, como premergentes, herbicidas, fungicidas, alambres, picas, semillas y todos los otros que fueren necesarios, como también créditos de dinero para otros gastos".

b) Mientras la sociedad demandada tuvo oficina en la ciudad de La Paz, la asistencia técnica fue satisfactoria, mas cuando los agrónomos se retiraron de allí, desplazándose a Barranquilla, esa asistencia se descontinuó.

c) La obligación de suministrar los elementos indispensables para el cultivo fue igualmente incumplida por la sociedad, pues "muchas veces los agrónomos indicaban productos que no pudieron aplicarse por su total falta en los depósitos de la empresa, lo que sucedió varias veces, especialmente con el pedido del agricultor de fecha 6 de febrero de este año —1973— que no fue atendido en ninguna forma, como lo comprueba la comunicación de la empresa de la misma fecha".

d) Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de asistencia técnica y suministro de elemen-

tos para el cultivo, éste "se perdió casi en su totalidad, con graves perjuicios económicos para el agricultor, como se ve del dictamen pericial de los profesionales Alvaro Muñoz y José Tobías Gutiérrez." Y tales perjuicios, avaluados también pericialmente, ascienden a la cantidad de cuatrocientos mil pesos.

3. La sociedad dio respuesta a la demanda admitiendo el hecho de haberse celebrado el contrato y el atinente a la extensión del cultivo de tomate, pero negando los restantes y proponiendo, como medio exceptivo, el que denominó "inexistencia de la obligación".

4. La primera instancia del proceso culminó con sentencia favorable a las pretensiones del actor. Apelada esta decisión por la sociedad demandada, el Tribunal la confirmó mediante fallo del 24 de julio de 1975, contra el cual, como queda dicho, la parte desfavorecida interpuso el recurso extraordinario.

III

Motivación del fallo impugnado

1. Comienza el Tribunal su parte considerativa afirmando que el actor pretende que la sociedad demandada le pague directamente indemnización compensatoria por haber incumplido sus obligaciones contractuales.

El contrato, advierte, obliga a la empresa a prestar asistencia técnica al agricultor para su plantación de tomate en la finca denominada "El Riecito!", y la obliga también a suministrarle, a crédito y en especie, los elementos necesarios para el cultivo, tales como premergentes, herbicidas, fungicidas, alambre, pita, semilla y todo lo demás que éste requiera.

2. Emprende luego en el estudio de las pruebas y comienza expresando que los testigos Hermógenes López, Andrés Oñate y Aristídes Salazar dan completa fe acerca de la existencia del contrato; de que la asistencia técnica en él estipulada consistía en una supervisión completa sobre el cultivo mediante visitas de un ingeniero agrónomo, que debían tener ocurrencia a lo menos cada cinco o siete días, o con mayor frecuencia si la plantación ofrecía serios problemas de plagas, enfermedades u otras anomalías; de que para estos efectos la empresa demandada instaló una oficina en La Paz, atendida por Tito Escobar, en casa de la señora Santa Zuleta, que sólo permaneció en funcionamiento cuatro o cinco meses; de que una vez clausurada esa oficina, la empresa no continúo prestando la asistencia técnica a que estaba obligada, ni suministrándole al agricultor los elementos necesarios para el cultivo; de que, aún antes de la clausura de tal oficina, la asistencia técnica y la provisión de elementos al agricultor no fueron oportunas. Concluye el sentenciador que estos declarantes, en forma acorde, dan la razón de sus afirmaciones, entre ellas la muy importante de que ellos mismos celebraron con la sociedad demandada contratos de la misma índole, que fueron incumplidos en igual forma.

3. Examina el juzgador más adelante la declaración del testigo Plinio Castilla Sánchez, la que encuentra de excepcional importancia por tratarse de "quien ejercía las funciones de Agrónomo de la Empresa demandada con la obligación de supervigilar los cultivos de tomate del señor CLAUDIO MORON y de prestar en términos generales la Asistencia Técnica en ellos".

Este testigo "manifestó ser cierta la existencia del contrato celebrado entre 'CONSERVAS CALIFORNIA S. A.' y el señor CLAUDIO MORON MOSCOTE, en el cual la primera se obligaba o se comprometía a prestar la Asistencia Técnica y a suministrar insumos para el control de plagas y enfermedades lo mismo que fertilizantes foliares, cabuya y alambres. Expresa que el cultivo se realizó por una cantidad aproximada de quince (15) hectáreas en la finca 'EL RIECITO' y que el resultado de ese cultivo no fue satisfactorio, por que hubo un problema en la zona al determinarse la presencia del cogollero mirador (SCROBIPAULPULA ABSOLUTA) que hasta esa época era una plaga nueva en el tomate y había demostrado una gran resistencia a muchos insecticidas y que en alguna oportunidad el ICA pensó vetar esa región por encontrarse en ella este insecto y afirma que la Asistencia Técnica fue prestada eficientemente y así el ICA lo reconoce en el informe que levantó en la Zona. Igualmente acepta que CONSERVAS CALIFORNIA S. A. estableció un Despacho en La Paz y

que la asistencia se prestó por intermedio de su persona y por el señor Fernando Herrera y por el práctico Agrícola Tito Escobar, quienes permanecían todo el tiempo en dicha oficina, pero que esa asistencia técnica se dio por concluida porque de acuerdo con las normas del ICA en esa época la única solución, teniendo en cuenta la presencia de la plaga ya citada, era destruir y quemar el cultivo y que por la presencia de esta plaga hubo pérdida que estima más o menos en la suma de CINCUENTA MIL PESOS ($50.000.00), sin considerar los insumos entregados".

"Se concluye de esta declaración —observa el Tribunal— que 'CONSERVAS CALIFORNIA S. A.' para prestar su Asistencia Técnica montó una Oficina en La Paz; que el resultado del cultivo no fue satisfactorio por la presencia de la plaga anotada; que en razón de ésta el cultivador tuvo pérdidas y que la Asistencia Técnica se dio por concluida en virtud o en obedecimiento a las normas del ICA, que consideró que como única solución ante la presencia de esta plaga era destruir y quemar el cultivo". Y luego advierte: "Hubo abandono del cultivo, por la consideración hecha por el deponente, pero debe observarse que en el proceso no está acreditado que el ICA hubiera ordenado destruir y quemar el cultivo ante la presencia de la plaga a que se refiere el deponente y muy por el contrario en su informe que corre a folio 60 del expediente, dicha Entidad se abstiene de precisar si en la finca 'EL RIECITO' existió dicha plaga y anexó a él una serie de recomendaciones para el control de dicha plaga, lo que indica que sí era factible el control de ella y que la solución única no era la destrucción y quema del cultivo. En el informe que corre a folio 36, levantado por dos Agrónomos del ICA sobre el cultivo de tomate sembrado en esa zona, se establece que estando el cultivo en una edad de cuarenta (40) a setenta (70) días, su estado de desarrollo y fitosanitario es bueno y hace algunas recomendaciones entre las cuales cabe destacarse que cada 7 días en época de verano debe aplicarse los insumos allí especificados y en la dosis determinada en el mismo informe, y en la época de lluvia, dicha aplicación debe tener ocurrencia cada cuatro o cinco días".

4. Más adelante dice el sentenciador que, según las fechas de los "records" (1º de noviembre y 27 de diciembre de 1972, 17 de enero y 8 de febrero de 1973), la asistencia técnica se prestó por la empresa demandada, pero con intervalos mayores de un mes, algunos, y superiores a veinte días, los restantes, lo que indica que esa asistencia no se suministró en la forma prescrita por el ICA en su informe.

5. De su análisis probatorio, el Tribunal deduce las siguientes conclusiones:

"a). Que existió un contrato entre la Empresa 'CONSERVAS CALIFORNIA S. A.' y el señor CLAUDIO MORON MOSCOTE en que la primera se comprometía a prestar Asistencia Técnica y proporcionar los insumos necesarios con destino y para el buen desarrollo del cultivo de tomate que el segundo se comprometió a sembrar para venderle su producto a la primera; b). Que esa Asistencia Técnica se prestó inicialmente por los Agrónomos de la Empresa a través de una Oficina montada en La Paz, pero que ella fue prestada no en la forma regular en cuanto al tiempo se refiere, ya que los intervalos con que se hacía eran sumamente largos, pues en vez de hacerse cada cuatro o cinco o siete días, como lo recomienda el ICA, ellas se hacían cada veinte (20) o más días, según la declaración de los testigos que figuran en el proceso y según los propios records de asistencia; y c). Que de acuerdo con lo anotado, por parte de la Empresa demandada esta asistencia dizque en consideración a la plaga presentada que implicaba la destrucción y quema de los cultivos, lo que llevó a que el señor CLAUDIO MORON obtuviera pérdidas en el cultivo del Tomate. Indica también que por parte de la Empresa se incumplió el contrato celebrado con el cultivador, señor CLAUDIO MORON, al no prestarse en debida forma la asistencia Técnica que estaba obligada y al no proporcionarse en tiempo oportuno los insumos que se exigian".

6. Finalmente dice el juzgador que, cuando la obligación es de hacer y el deudor no la cumple oportunamente, podrá el acreedor pedir, entre otras cosas, que aquél lo indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, conforme lo prescriben los artículos 1610 y 1613 del C. C. Y añade que "violado, entonces, o ha-

biéndose constituido en mora la empresa demandada, al no hacer lo que se había obligado, debe pagar al señor CLAUDIO MORON, quien por su parte cumplió con sus deberes, como indemnización el valor de los perjuicios por él recibidos; perjuicios que están determinados concretamente en la Inspección Ocular verificada con intervención de peritos y mediante el lleno de los requisitos legales, en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS ($ 600.000.00) M. Cte., según el dictamen pericial que corre a folio 18 del 2º cuaderno del expediente correspondiente a dicha diligencia de Inspección Ocular, el que comprende el daño emergente y el lucro cesante, según la misma apreciación de los peritos que intervinieron en esta prueba".

III

La demanda de casación

Cuatro cargos formula la parte recurrente, todos por la primera causal.

Serán estudiados y decididos conjuntamente de dos en dos, dada la íntima relación que guardan entre sí los de cada grupo.

Primero y segundo cargos

Por el primero se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatorio del artículo 1545 del Código Civil, por falta de aplicación, y del 1610 del mismo Código, por aplicación indebida. Por el segundo se la impugna de infringir indirectamente los mismos textos legales, por los mismos conceptos, debido a error de hecho en la apreciación del contrato celebrado entre las partes.

Reposan ambas censuras en el siguiente argumento: el contrato es esencialmente una compraventa de tomate, generadora de obligaciones de dar, y sólo en forma consecuencial o accesoria crea una obligación de hacer (prestar asistencia técnica) y otra de dar (suministrar diversos elementos para el cultivo); por lo tanto, el artículo 1610 no era aplicable, puesto que sólo se refiere a obligaciones de hacer, y el que ha debido aplicarse para rechazar las súplicas de la demanda era el 1546, que no permite solicitar indemnización compensatoria sino como complemento del CUMPLIMIENTO del contrato o de su RESOLUCION, como lo tiene resuelto la Corte en muchedumbre de sentencias desde hace sententa años.

Al fundamentar el primer cargo dice el recurrente que "ante la ausencia total de calificación del contrato y de la obligación de asistencia técnica como la única o como la fundamental, considero que no es el caso de atacar la apreciación por el Tribunal de dicho contrato, sino que se está en presencia de una violación directa.....". Y al sostener el segundo, afirma: "incurrió en manifiesto error de hecho, en la apreciación del contrato celebrado entre las dos partes...." puesto que "solamente vio un contrato de 'hacer' consistente en prestar, por la demandada, una asesoría técnica al demandante. Al no ver o no apreciar la existencia de los contratos de compraventa o de promesa de compraventa del tomate y de los insumos, el Tribunal consideró que el caso estaba regulado por el artículo 1610 del C. C., respecto a la pretensión de indemnización de perjuicios incoada en la demanda sin estar precedida por la de resolución u orden de cumplimiento del mismo contrato. Y lo último condujo al Tribunal a violar indirectamente tanto el citado Art. 1610, al aplicarlo indebidamente, como el Art. 1546 ibídem, al dejarlo de aplicar".

Consideraciones de la Corte

1. En numerosas sentencias, entre ellas las de fechas de 13 de julio de 1907 (XVIII, 117), 30 de abril de 1920 (XXXIII, 325), 17 de marzo de 1931 (XXXVIII, 546), 10 de febrero de 1932 (XXXIX, 471), 29 de febrero de 1936 (XLIII, 344), 24 de marzo de 1943 (LV, 240), 17 de junio de 1948 (LXIV, 456), 14 de agosto de 1951 (LXX, 61), 28 de abril de 1952 (LXXI, 771), 10 de julio de 1953 (LXXV, 553), 24 de mayo de 1958 (LXXXVII, 473) y 2 de junio de 1958 (LXXXVII, 39), la Corte ha venido sosteniendo la tesis de que, salvo cuando se trata de obligaciones de hacer, porque para éstas por el artículo 1610 del Código Civil se establece excepción, el incumplimiento de obligaciones de cualquiera otra clase, nacidas de contrato bilateral, no da derecho para exigir indemnización de perjuicios sino como pretensión ACCESORIA

O COMPLEMENTARIA de una de estas dos PRINCIPALES, previstas por el artículo 1546 ibídem: la de cumplimiento de la obligación tal como fue pactada o a la de resolución del contrato que le dio origen.

Luego de nuevo y cuidadoso estudio del asunto, la Corte ha llegado ahora al convencimiento de que esa doctrina debe ser rectificada, porque desquicia la estructura de los efectos de las obligaciones y de la teoría de la responsabilidad por incumplimiento, tal como están concebidas en nuestro régimen civil.

Procede pues a rectificarla, mediante las consideraciones que siguen.

2. Son tres los pilares que han servido de estribo a la doctrina en cuestión: a). El artículo 1546 del Código no permite exigir indemnización de perjuicios, en los contratos bilaterales, sino como secuela del cumplimiento del contrato o de su resolución; b). Cumplir el contrato es ejecutar el objeto de la obligación tal como fue pactado, no ejecutarlo en equivalente; y c). La regla general del artículo 1546 sólo admite la excepción prevista por el ordinal 3º del artículo 1610 aplicable exclusivamente a las obligaciones de hacer.

La primera de estas premisas se ajusta a la verdad. No así las otras dos, como en seguida se verá.

I. Qué debe entenderse por "cumplimiento del contrato".

3. Reza así el artículo 1546: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en 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".

Por el contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y se estipula además que los objetos de las obligaciones recíprocas deben ser ejecutados inmediatamente, o al vencerse cierto plazo, o dentro de determinado tiempo útil no constitutivo de plazo, o al cumplirse una condición. Los contratantes prestan su consentimiento en la convicción y la espectativa de que cada uno cumplirá lo pactado en la forma y tiempo debidos. Tal es la base del acuerdo de voluntades.

4. Mas en veces ocurre que alguna de las partes no cumple su obligación en el momento previsto para el pago, creando con esta conducta una situación que altera completamente la estructura genuina del negocio jurídico mediante la presencia de un factor nuevo: LA MORA. Esta desquicia la verdadera finalidad del contrato y trae consecuencias jurídicas que por lo general las partes no regulan expresamente al celebrarlo. Pero esto no significa que el contrato carezca de estipulaciones sobre el particular. Todo contrato, como toda ley, es de una "plenitud hermética", según conocida expresión de Hans Kelsen. Cualquiera situación, por rara y extraordinaria que parezca, está prevista por los contratantes, ora expresamente, ora implícitamente. Por ello está dicho en el artículo 1603 del Código que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"; a lo cual se agrega, por el artículo 1501, que "son de la naturaleza de un contrato las (cosas) que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial".

5. Ahora bien: "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención", expresa el artículo 1615.

Y según el 1608, "El deudor está en mora: 1º). 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: 2º). 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; 3º). En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor". De lo hasta aquí expuesto conclúyese que el deudor cumple el contrato, antes de constituirse en mora, ejecutando el objeto debido tal como fue pactado, y que, después de constituido en mora, cumple el contrato pagando al acreedor indemnización de perjuicios, con o sin ejecución del objeto como fue

pactado, según el caso, tal como ahora se verá.

II. En materia contractual hay dos clases de indemnización de perjuicios.

6. Tradicionalmente se han distinguido dos tipos de indemnización, exigibles a opción del acreedor, como cumplimiento del contrato por parte del deudor constituido en mora: la moratoria y la compensatoria. Corresponde la primera al retardo (falta transitoria de pago), y la segunda, a la inejecución absoluta o ejecución imperfecta de la obligación (falta definitiva de pago en todo o en parte). La diferencia entre la una y la otra radica en que la indemnización moratoria se agrega a la ejecución del objeto tal como se pactó, en tanto que la compensatoria excluye esta ejecución, pero comprende, en cambio, el valor o precio del objeto debido, en todo o en parte.

Ambas indemnizaciones reparan todos los perjuicios sufridos por el acreedor, en concepto de daño emergente y lucro cesante. Así lo expresan con la mayor claridad los artículos 1613 y 1614 del Código, que en su orden rezan así: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga, de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente"; "Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por el lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardada su cumplimiento".

El artículo 1731 del Código hace referencia al "precio de la cosa" más "los perjuicios de la mora", lo que a primera vista pudiera dar la impresión de que ese precio no forma parte de la indemnización. Mas el artículo 1737 disipa toda duda sobre el particular al expresar que, en cierta hipótesis, "se deberá solamente el precio, sin otra indemnización de perjuicios". Esto significa que el precio de la cosa debida constituye indemnización, y que la integrada por este precio y el valor de los perjuicios de la mora es la indemnización compensatoria.

III. Cuándo hay lugar a la indemnización compensatoria.

7. Para finalizar lo concerniente a la segunda premisa que se estudia, sólo resta determinar cuándo puede el acreedor exigir el objeto debido más la indemnización moratoria, y cuándo la compensatoria, es decir el "precio de la cosa" más la indemnización por "los perjuicios de la mora".

La elección entre alguno de estos dos extremos, como cumplimiento del contrato, corresponde al acreedor. Este optará por el primero cuando aún conserve interés en que el deudor ejecute el objeto de la obligación tal como fue pactado, y se decidirá por el segundo, forzosamente cuando la cosa ha perecido, y en los demás casos cuando ya no tenga ningún interés en que ese objeto se ejecute. En este último evento, no puede obligarse al acreedor a recibir algo que legítimamente está en el derecho de rechazar porque habiéndole sido útil antes de constituirse el deudor en mora, ya no le es útil después de ésta. Así se estipuló, si no expresa, a lo menos tácitamente en el contrato, según los artículos 1501 y 1603, transcritos atrás.

8. A esta conclusión se llega aún más claramente en la hipótesis contemplada por el ordinal 2º del artículo 1608: se estipuló que la cosa sólo podía ser "dada o ejecutada" dentro de cierto tiempo y el deudor dejó pasar éste sin "darla o ejecutarla". Transcurrido este tiempo, el acreedor pierde todo interés en recibir la cosa, porque ya no le sirve, y el contrato lo autoriza expresa o implícitamente para exigir indemnización compensatoria, o sea, se repite, el "precio de la cosa" más el valor de "los perjuicios de la mora".

Véanse algunos ejemplos aclaratorios, Compraventa de licores para recepción que habrá de tener lugar en determinado día, que pasa sin que el vendedor los haya entregado al comprador. Arrendamiento de salón o teatro para presentar un artista

que sólo estará en la ciudad en cierta fecha, que transcurre sin que el arrendatario haya recibido la cosa arrendada. Promesa de entrega de los instrumentos necesarios para practicar una operación quirúrgica a paciente que fallece sin que aquéllos se hayan entregado. Contrato por el cual se encarga al sastre la confección de traje para determinado acto social, que tiene lugar antes de que el traje sea entregado.

No puede remitirse a duda que en ninguno de estos casos se justificaría obligar al acreedor a exigir la ejecución de un objeto que ya no le interesa. Es palmario que tiene derecho de demandar directamente, en cumplimiento del correspondiente contrato, una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufridos por él como consecuencia de la inejecución absoluta de la obligación contraída por el deudor, sin que sea necesario que pida la resolución del contrato, que es cosa enteramente diferente y que puede no convenirle. Por ello le da opción el artículo 1546 para pedir que se resuelva el contrato o que éste se cumpla: y una manera de cumplirlo es pagando el deudor al acreedor la indemnización compensatoria.

La nueva doctrina que ahora sienta la Corte puede pues resumirse en esta proposición: "el incumplimiento del contrato", a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, puede efectuarse de dos maneras distintas: ora ejecutando el deudor moroso su obligación tal como fue contraída (cumplimiento en especie), ora pagando al acreedor el precio o valor del objeto pactado (ejecución en equivalente), en ambos casos con indemnización por los perjuicios de la mora. El precio o valor del objeto más la indemnización moratoria, se llama en técnica jurídica la "indemnización compensatoria".

IV. El artículo 1610 del Código Civil.

9. Conforme a éste, "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

Mediante interpretación errónea de este texto legal, por aislada, literal y puramente exegética, se ha dicho que en su ordinal 3º se establece excepción a la regla general del artículo 1546, excepción consistente en otorgar, únicamente al acreedor de obligación de hacer, el derecho de pedir que se le cumpla el contrato mediante el pago directo de una indemnización compensatoria.

No es el ordinal 3º el que contiene excepción. Es el ordinal 2º. Por éste se establece, en efecto, una regla particular, inaplicable a las obligaciones de dar y a las de hacer que consisten en la entrega o restitución de cosa material, respecto de las cuales no cabe dar autorización al acreedor para que la tradición o simple entrega sea hecha por un tercero a expensas del deudor. El ordinal 3º, se repite, no consagra excepción alguna, sino reproduce la regla general en materia de incumplimiento de cualquiera obligación. Por qué tal repetición, en apariencia inútil y fuera de lugar? Porque el legislador, al enunciar los derechos del acreedor de obligación de ejecutar un hecho una vez que el deudor se ha constituido en mora de ejecutarlo, tenía que incluir en la enumeración, para que quedara completa, dos que son comunes a todas las obligaciones (el apremio al deudor y el pago de indemnización compensatoria), para agregar un tercer derecho que no tienen los acreedores de obligaciones de dar o entregar cosa material (pedir que el objeto se ejecute por un tercero a costa del deudor).

Para que se note mejor la inconsistencia de la doctrina que se rectifica, adviértase que ésta hace caso omiso de lo dispuesto por el artículo 1612 del Código, que dice: "Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse

cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne".

Esta disposición es muy semejante a la del artículo 1610: por ambas se permite al acreedor pedir que el deudor cumpla lo pactado (ejecutar el hecho convenido o destruir lo que hizo en contravención de lo estipulado); por ambas se autoriza al acreedor para que él mismo o un tercero, a expensas del deudor, cumpla la prestación; y por una y otra se otorga al acreedor el derecho de exigir indemnización compensatoria si la inejecución de la obligación del deudor ha adquirido caracter definitivo.

10. De todo esto resulta que sólo quedarían por fuera, en lo que concierne al derecho de exigir indemnización compensatoria en cumplimiento del contrato, las obligaciones de dar y las de entregar o restituir cosa material. Por qué este supuesto tratamiento discriminatorio, desde todo punto de vista inadmisible? No hay un solo motivo que lo justifique. Donde hay la misma razón debe haber siempre la misma disposición. En cuanto toca con sus efectos, las obligaciones no son de mejor o peor categoría. Todas ellas tienen los mismos.

V. Cómo ha interpretado el propio legislador los artículos 1546 y 1610 del Código Civil.

11. "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador", expresa el artículo 25 del Código.

En verdad, las disposiciones de los artículos 1546 y 1610 no son oscuras. Sin embargo, dada la inteligencia que la Corte venía dándoles, puede ser que sus correspondientes textos no sean suficientemente claros de por sí.

Para disipar cualquier duda sobre su correcto sentido, el legislador las ha interpretado con autoridad en dos ocasiones: primero, al expedir la Ley 105 de 1931 (antiguo Código Judicial), y luego, al dictar los Decretos Extraordinarios Nos. 1400 y 2019 de 1970 (nuevo Código de Procedimiento Civil).

El artículo 991 del Código Judicial era del siguiente tenor: "Cuando el acreedor desde un principio pide el pago de perjuicios por la no entrega de un especie o cuerpo cierto, o de especies indeterminadas de cierto género, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estima los perjuicios, si no están señalados en el título ejecutivo, indicando una cantidad como capital y otra como tasa de interés mensual, para que se siga el procedimiento señalado en el artículo 986, relativo a la ejecución por cantidad líquida en dinero".

Este texto legal fue reemplazado por el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice: "El acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género distinto de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento, si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero. También podrá el acreedor demandar dichos perjuicios en subsidio, para el caso de que el deudor no cumpla la obligación específica dentro del término o en la oportunidad que se le señale. Si en la demanda se pidiere únicamente el cumplimiento de la obligación de dar, de hacer o de no hacer, y el ejecutado no cumple el mandamiento ejecutivo en el término que la ley o el juez señalen, el demandante podrá pedir dentro de los diez días siguientes que se libre la ejecución conforme a lo indicado en el inciso primero".

Como puede apreciarse, las disposiciones transcritas se refieren por igual a toda clase de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, genéricas o específicas, de medio o de resultado. Y si son aplicables al proceso de ejecución, con tanto mayor fundamento lo son al ordinario, con cuya sentencia se persigue constituir un título ejecutivo (artículo 488 del Código de Procedimiento Civil).

VI. El caso del proceso y los dos primeros cargos contra la sentencia.

12. Es cierto que, como lo alega la parte recurrente, el contrato celebrado entre los

litigantes genera obligaciones de hacer (prestar "La Empresa" asistencia técnica) y de dar (suministrar "La Empresa" los elementos necesarios para el cultivo, a fin de que luego "El Agricultor" entregue, a título de venta, el producto de la cosecha menos una parte destinada libremente al mercado). También contiene el contrato una prenda industrial sobre la propia cosecha.

Sin embargo, primeramente adviértase que el error de hecho invocado en el segundo cargo a nada hubiera podido conducir por sí solo, pues en el supuesto de que el Tribunal sólo hubiera visto en el contrato una obligación de hacer, se requeriría, para estructurar el quebranto indirecto de las disposiciones que él tuvo en mira al dictar su sentencia, que también hubiera apreciado mal la demanda originaria del proceso, por haber entendido que en ella sólo se invoca el incumplimiento de la obligación de hacer (prestar la asistencia técnica), siendo así que en la primera súplica del libelo paladinamente se pide la declaración de que la sociedad demandada incumplió el contrato "sobre asistencia técnica y financiera (se subraya) para el cultivo de tomate en el predio llamado 'EL RIECITO' ". Este segundo yerro no se hizo valer por el impugnador, y tal omisión deja sin piso el segundo cargo.

13. El sentenciador de segundo grado no aplicó indebidamente el artículo 1610 del Código Civil en cuanto concierne a la obligación de prestar asistencia técnica, puesto que por esta disposición legal se reconoce en forma expresa el derecho del acreedor de obligación de hacer para pedir directamente indemnización compensatoria de perjuicios (ordinal 3º).

Y si bien es verdad que el Tribunal se abstuvo de dar aplicación al artículo 1546 ibídem, ya que ni siquiera lo menciona en su fallo, tal omisión a nada conduciría, por dos razones: 1ª Porque no era indispensable aplicar al caso el artículo 1546, teniendo como tiene la sentencia acusada sólido apoyo en los artículos 1608, 1613, 1614 y 1615 del Código, no invocados por el censor como infringidos y que consagran el derecho a la indemnización de perjuicios a partir de la constitución en mora del deudor, así se trate de la simplemente moratoria o de la compensatoria; 2ª Porque de poderse quebrar el fallo por falta de aplicación del artículo 1546 —y hasta de los 1608, 1613, 1614 y 1615—, en la sentencia de reemplazo habría de aplicarse aquel artículo, y señaladamente estos últimos, interpretando al primero con la inteligencia y el sentido que verdaderamente tiene, de acuerdo con lo expuesto en el despacho de estos cargos: las obligaciones que nacen de los contratos bilaterales, de cualquiera clase que ellas sean, pueden ser cumplidas en equivalente, sin necesidad de tener que demandar la resolución del que las generó.

Por lo expuesto, los dos primeros cargos no prosperan.

Tercero y cuarto cargos

a). El tercero se hace consistir en la violación indirecta del artículo 1546, por falta de aplicación; la del 1610, por aplicación indebida; la de los "Arts. 1494, 1495 y 1496 del C. C., que invoca el mismo Tribunal como fundamento, en derecho, de su decisión (fol. 18)"; la del "Art. 1602 del C. C., que invoca también el Tribunal", y "también Arts. 1613 a 1617".

Se imputan estas infracciones como consecuencia de los siguientes errores de hecho en la apreciación de las pruebas:

1º El Tribunal encontró que las declaraciones de los testigos Hermógenes López, Andrés Oñate y Aristides Salazar concuerdan unas con otras y expresan bien la razón de lo que en ellas se afirma.

Sin embargo esto no es verdad, dice el recurrente, puesto que ninguno de esos testigos explica por qué le constan las cosas que dice, ni si conoce el contrato celebrado entre las partes, ni si visitó alguna vez el presenció las visitas de los técnicos de la sociedad demandada, ni si vio el cultivo dañado y apreció la magnitud del daño, ni si pudo percatarse de que el demandante no recibió los elementos necesarios para la tarea. Además, agrega, estos testimonios acusan serias contradicciones. En suma, los califica de falsos y parciales.

2º Entendió al revés el sentenciador la declaración del testigo Plinio Castilla Sánchez, pues creyó encontrar en ella una confirmación de lo depuesto por aquellos otros tres, cuando en realidad su conteni-

do contradice abiertamente el de las restantes declaraciones.

En efecto, advierte, Castilla Sánchez afirma que el cultivo se perdió debido a la aparición del insecto denominado "scrobipalpula absoluta"; que "cuando se presenta esta plaga la única solución es la destrucción y quema del cultivo"; que la sociedad demandada sí le prestó asistencia técnica al demandante y que él considera "que fue eficiente y oportuna porque realmente nos lo demuestra el hecho de que sólo hubo problemas con él y no así con el resto con quienes no hubo problemas"; que esa asistencia fue prestada por él y por Fernando Herrera, a más de por un práctico agrícola llamado Tito Escobar; que la misma asistencia se prestó todo el tiempo y "se dio por concluída ya que de acuerdo con las normas del ICA en esa época la única solución teniendo en cuenta la presencia de la plaga ya citada era destruir y quemar el cultivo"; que el demandante logró consechar algo, pero que luego se ordenó la destrucción y el deponente no sabe si aquél la llevó a efecto; que estima las pérdidas en más o menos cincuenta mil pesos; que el demandante es persona tosca e inaxequible, hasta el punto de que en una oprtunidad sacó del cultivo en forma amenazante a un supervisor de la empresa demandada; y que el actor generalmente no seguía las recomendaciones técnicas, sino en algunos casos los consejos de amigos suyos agrónomos.

3º El Tribunal considera que la asistencia técnica al cultivo fue abandonada, según el testigo Castilla Sánchez, por orden del ICA; pero dice "que en el informe del ICA, que obra al folio 60, 'dicha entidad se abstiene de precisar si en la finca EL RIECITO existió dicha plaga, lo que indica que sí era factible el control de ella y que la solución única no era la destrucción y quema del cultivo' " (palabras y subrayas del recurrente).

Encuentra la censura que este "es otro monstruoso error del Tribunal", porque "el silencio del ICA, el dar un informe incompleto, el no habérsele preguntado el punto y por ello no tocarlo en su informe, no puede ser prueba de que no hubo plaga, de que si la hubo fue incontrolable (sic) y de que no era la única solución la destrucción !!".

4º El juzgador dedujo del informe de ICA, visible al folio 36 del cuaderno 1, y de los "records" que obran a folios 4 y ss. del mismo cuaderno, que debiéndose aplicar los "insumos especificados en aquél cada siete días en verano y cada cuatro o cinco en invierno, resulta de los últimos que la asistencia técnica sólo se prestó con intervalos superiores a un mes, y otras veces, a veinte días, lo cual corrobora lo afirmado por los testigos López, Oñate y Salazar.

El impugnador tacha estas conclusiones por varios aspectos: porque el primer "record" no se refiere a El Riecito, sino a El Perfecto, que es otro predio; porque los demás "records" no permiten "deducir argumentos en contra de la empresa demandada", ya que el hecho de no haberse aducido al proceso sino cinco, no significa que no haya habido muchos más, es decir, que la asistencia técnica no se prestara con mayor frecuencia; porque no prueban que la empresa demandada no suministrara los "insumos" de que trata el informe; y porque en cambio demuestran que el demandante estaba haciendo las cosas mal y se le dieron instrucciones para que las hiciera bien.

5º En el dictamen pericial rendido extraproceso afirmaron los peritos que "como causa principal de la pérdida de este cultivo se pudo determinar que se debió al mal control de plagas, en especial falta de control sobre el cogollero," sin explicar los motivos de esta conclusión: "ni aparece en parte alguna la afirmación de los peritos de ser agrónomos o técnicos agrícolas; tampoco aparece en el auto de designación, pues apenas se les llama 'doctores', que bien podía referirse a ser abogados o médicos o ingenieros, etc." Sin embargo, el Tribunal le dio completo valor probatorio al dictamen, incurriendo en "gravísimo error de hecho".

6º En el informe del ICA, visible a folios 36, 37 y 38 del cuaderno 1, se dice que "7. La asistencia técnica hasta el presente se ha venido prestando eficientemente". El sentenciador no tuvo esto en cuenta.

b). El cuarto cargo se formula diciendo que la sentencia acusada viola indirectamente el artículo 1546 del Código, por falta de aplicación, y los artículos 1610, 1494, 1495, 1496 y 1602, por aplicación indebida,

a consecuencia de los siguientes errores de derecho:

1º Desconoció el Tribunal el mérito probatorio del testimonio de Castilla Sánchez, con violación del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación;

2º Otorgó, en cambio, virtud probatoria a los "conceptos técnicos" de los testigos López, Oñate y Salazar, con quebranto, también por falta de aplicación, de la parte final del artículo 227 y del artículo 233 ibídem;

3º Dio fuerza probatoria al dictamen rendido extrajuicio por dos peritos, con infracción de los artículos 233, 236, 237 y 241 ibídem; y

4º Apreció el testimonio de Salazar no obstante haber sido recibido en audiencia señalada por auto que no se notificó, violando así los artículos 220, 227, 228 y 313 ibídem.

Consideraciones de la Corte

1. Para poder apreciar el verdadero sentido y alcance de las impugnaciones contenidas en estos últimos cargos, es necesario y conveniente transcribir lo que, a guisa de resumen, afirma el censor al expresar que "no existía la prueba de los hechos que correspondía demostrar al demandante; a) que la asesoría de California debía ser con mayor periodicidad a como fue prestada; b) que esa asesoría no fue correcta; c) que las recomendaciones de los agrónomos de California fueron equivocadas; d) que él, Morón, cumplió esas recomendaciones; e) que la plaga que afectó al tomate sí era controlable; f) cómo hubiera podido controlarse dicha plaga; g) que la pérdida del tomate fue total; h) que esa pérdida del tomate fue consecuencia necesaria de la deficiente asesoría de California y que no se hubiera presentado sin tal deficiencia, en las 20 hectáreas sembradas; i) cuál fue el valor de la pérdida en las 20 hectáreas, cuál el valor de la parte del cultivo que debía recolectarse después de que, según Morón, se suspendió la asesoría de California, y cuál el valor de la que debía recolectarse antes".

Precisa aún más las ideas que el recurrente tiene sobre el particular, este párrafo de su demanda: "Aún en el supuesto de que el Art. del C. C. aplicable al caso fuera el 1610, como lo creyó el Tribunal, sin que tuviera que armonizarlo con el 1546, resultaría violado aquél por indebida aplicación, porque a falta de la prueba de la culpa o el incumplimiento de la demandada y de la relación de causalidad entre esa culpa o tal incumplimiento y la pérdida del cultivo, el Tribunal no podía aplicar aquel texto, deducir responsabilidad a la demandada e imponerle la condena; y menos para imponer una condena en concreto como si la totalidad del cultivo se hubiera perdido y tal hecho apareciera probado (que no lo está) y como si esa pérdida hubiera ocurrido por el abandono de su deber de asesoría por California (lo que tampoco está probado)".

2. Este planteamiento de la carga probatoria, como la imagina el acusador, es equivocado. Correspondería tal vez a la responsabilidad aquiliana, pero no a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales, como es la del caso del proceso. El punto debe ser dilucidado antes de despachar estos dos cargos.

Claudio Morón Moscote pide en su demanda que se declare que la sociedad demandada "violó", es decir, incumplió, el contrato celebrado con él, y que se la condene a pagar "el valor total de los perjuicios" derivados de ese incumplimiento.

Para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a). El contrato, como fuente de las obligaciones que afirma haberse incumplido; b). La mora del demandado; c). El incumplimiento de tales obligaciones; d). El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento.

a). El contrato se probó mediante el documento privado visible a folios 5, 6 y 7 del cuaderno 2º. Sobre su existencia no ha habido la menor discrepancia entre las partes.

b). Las obligaciones que se dicen incumplidas por la sociedad demandada, o sean las de asistencia técnica y financiera para el cultivo de tomate del actor son de aquéllas cuyos objetos no podían ser dados o ejecutados sino dentro de cierto tiempo útil (el comprendido entre la siembra del cultivo y la recolección de los frutos). Por lo tanto, conforme al ordinal 2º del Art. 1609 del Código Civil, la parte deudora quedaba constituida en mora si dejaba pa-

sar ese tiempo sin dar o ejecutar conforme a lo pactado dichas obligaciones de hacer y dar.

c). Para determinar lo relativo a la prueba del incumplimiento, es decir la inejecución o falta de pago de esas obligaciones de hacer y dar, determinada por culpa de la sociedad deudora, es preciso detenerse en varias consideraciones:

I. Naturaleza de las obligaciones contraídas por Conservas California S. A.

La de suministrar asistencia técnica es obligación de medio o medios, no de resultado. La sociedad demandada no se obligó a obtener, como un resultado, la cosecha de tomates, sino a prestar la asistencia técnica que, de acuerdo con los principios de la Agronomía, ordinariamente se presta en orden a lograr ese fin; de la misma manera como, valga el ejemplo, el médico no se obliga a sanar al enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir ese resultado. El haber puesto esos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones.

En cambio, la de entregar al demandado a título de venta "premergentes, herbicidas, fungicidas, alambres, pita, semilla", y demás elementos necesarios para el cultivo, es obligación de resultado. Su pago consiste en la entrega oportuna y completa de tales elementos.

II. Qué clase de incumplimiento se imputa a la sociedad demandada

El punto sexto de la causa petendi reza así: "Mientras la empresa tuvo oficina en La Paz, la asistencia técnica fue satisfactoria, pero no cuando los agrónomos se retiraron de allí y se trasladaron a Barranquilla". Y el punto séptimo expresa: "Por lo que hace al suministro de insumos por parte de la empresa, como era su obligación contractual, el incumplimiento de ella fue manifiesto: muchas veces los agrónomos indicaban productos que no pudieron aplicarse por su total falta en los depósitos de la empresa, lo que sucedió varias veces, especialmente con el pedido del agricultor de fecha 6 de febrero de este año que no fue atendido en ninguna forma, como lo comprueba la comunicación de la empresa de la misma fecha".

Confiesa pues el demandante que la asistencia técnica le fue prestada regularmente durante un período; pero afirma que con posterioridad no lo fue. Afirma además que respecto del suministro de "insumos" para el cultivo, el incumplimiento fue manifiesto.

De acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

El inciso primero del artículo 1757 de C. C., que quedó en vigor al entrar en vigencia aquel estatuto legal, expresa lo siguiente: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

Conforme a las disposiciones transcritas, no era al demandante a quien competía probar las faltas de pago que alega, sino a la sociedad demandada demostrar que sí pagó tales obligaciones en la forma y tiempo debidos, o sea que éstas se extinguieron por pago. La suspensión de la asistencia técnica a partir de cierto momento es afirmación indefinida, y el no suministro oportuno y completo de los productos necesarios para el cultivo es negación indefinida. Por lo tanto, los hechos sexto y séptimo de la demanda no requerían prueba. Si la empresa demandada prestó asesoría técnica permanente y suministró los elementos necesarios para el cultivo durante todo el contrato, ha debido probarlo, porque ambas cosas son afirmaciones definidas, susceptibles de ser demostradas.

Afirma el censor que los cinco "records" aducidos por el demandante con su libelo no fueron los únicos. Por qué la sociedad demandada no aportó al proceso los demás ? Y si no conservó los originales de éstos (los ejemplares aportados al proceso son copias para el agricultor), por qué no pidió su exhibición por el actor ? A éste no podía axigírsele demostrar que aparte de las visitas que él probó, no hubo ninguna otra.

Y si el demandante afirmó en su demanda que el suministro de productos para el

cultivo fue incumplido manifiestamente, como no presentó la empresa demandada los comprobantes de las diversas entregas señaladamente si se tiene en cuenta que los precios de los elementos que suministrara se imputarían al del 50% del de la cosecha que el actor debía entregar en venta a la empresa (cláusula segunda del contrato). Los simples libros de contabilidad de la sociedad demandada hubieran podido ser prueba suficiente. Es incuestionable que el demandante no podía probar que no recibió esos productos, a que el contrato le daba derecho.

En cuanto a la culpa de Conservas California S. A., sabido es que se presume siempre en materia contractual y que es a la parte deudora a quien compete destruir esa presunción probando fuerza mayor o caso fortuito: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito (1) al que lo alega", dispone el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil. d). Al demandante incumbía la prueba de la existencia y cuantía del daño.

Consiste éste, según la demanda, en que "como consecuencia de la falta de debida y oportuna asistencia técnica y del suministro de insumos por parte de la empresa, el cultivo se perdió casi en su totalidad, con graves perjuicios económicos para el agricultor, como se ve del dictamen pericial de los profesionales Alvaro Muñoz y José Tobías Gutiérrez" (hecho octavo).

La existencia de este daño se probó mediante el dictamen pericial practicado extraproceso con citación de la sociedad demandada. En el punto 2º de ese dictamen se lee, en efecto: "Existe en dicho predio un cultivo de tomate en extensión de 20 hectáreas de las variedades 'CHICO' y VF 145, totalmente destruido por un fuerte ataque de El cogollero del Tomate Scro bibalpula".

Y la cuantía del perjuicio fue determinada, en el mismo dictamen y en su ampliación, en $ 800.000.00.

3. En cuanto a lo que el recurrente llama la "relación de causalidad entre esa culpa o tal incumplimiento y la pérdida del cultivo", ese vínculo se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido "consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento" (inciso primero del artículo 1616 del Código).

Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es al médico a quien corresponde demostrar, ora que sí prestó competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos.

En el caso del proceso ocurre fenómeno muy semejante. Perdida la cosecha de tomate y habiendo afirmado el actor en su demanda que la empresa demandada suspendió o disminuyó la prestación de asistencia técnica y no suministró los elementos necesarios para preservar el cultivo, a la empresa competía haber demostrado que sí prestó sus servicios y entregó los "insumos" hasta el final, señaladamente mientras se presentó la plaga, o que no pudo hacer lo uno ni lo otro por fuerza mayor o caso fortuito, o que la plaga habría acabado con el cultivo de todos modos, a pesar de la asistencia técnica y financiera estipulada debidamente prestada.

Mas ninguna prueba sobre el particular obra en los autos, salvo la declaración de Plinio Castilla Sánchez, de la cual se ocupará la Corte en el despacho de estos dos cargos.

Agrégase que la empresa demandada tampoco demostró dos hechos que, a manera de excepciones, invoca el impugnador: a). Que el demandado no cumplió las instrucciones de los técnicos de Industrias California; y b). Que la pérdida de la cosecha fue solamente parcial, puesto que el demandado logró recolectar cierta cantidad de tomate, lo que la sociedad hubiera podido probar fácilmente aduciendo los comprobantes de ventas hechas a ella por el actor.

4. Previas las consideraciones anteriores, procédese a despachar los cargos tercero y cuarto de la demanda de casación.

a). Los errores de hecho y de derecho imputados al Tribunal en relación con las declaraciones de López, Oñate y Salazar carecen de toda trascendencia, porque tales testigos se limitaron a deponer sobre la existencia del contrato (ya probado mediante documento privado) y sobre el incumplimiento de las obligaciones de hacer y dar contraídas por la empresa demandada (hecho que no requería prueba, según lo explicado).

b). La declaración de Plinio Castilla Sánchez (testigo sospechoso de parcialidad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, por razón de su dependencia de la sociedad demandada, en calidad de técnico de ésta que prestó su asistencia al demandante) merece examen detenido. El deponente afirma: que el resultado del cultivo "no fue satisfactorio", porque en la sementera del demandante apareció la plaga del "scrobipalpula absoluta" y "cuando se presenta esta plaga la única solución es la destrucción y quema del cultivo"; que la empresa demandada sí prestó asistencia técnica, por medio del propio testigo y de Fernando Herrera, a más de un práctico agrícola llamado Tito Escobar; que él considera que esa asistencia fue eficiente y oportuna "porque realmente nos lo demuestra el hecho de que sólo hubo problemas con él (Morón Moscote) y no así con el resto con quienes no hubo problemas": que la empresa tuvo un "despacho" en la Paz, en el cual se guardaban los "insumos" y que estaba a cargo del almacenista Benjamín García; que la asistencia técnica se prestó todo el tiempo y "se dio por concluida ya que de acuerdo con las normas del ICA en esa época la única solución teniendo en cuenta la presencia de la plaga ya citada era destruir y quemar el cultivo"; que Claudio Morón es "una persona inaxequible, tosca hasta el punto de que en una oportunidad en que se le envió un supervisor nuestro para que lo ayudara en los cortes de tomate lo sacó en forma amenazante del cultivo"; y que Morón "generalmente no seguía las recomendaciones técnicas tal como se le indicaban, sino que hacía lo que él creía conveniente, aduciendo en ciertas ocasiones que esas determinaciones eran basadas en recomendaciones de algunos amigos de él que eran Agrónomos".

Sobre este testimonio dijo el Tribunal en su sentencia: "Se concluye de esta declaración que 'CONSERVAS CALIFORNIA S. A.' para prestar su asistencia técnica montó una oficina en la Paz; que el resultado del cultivo no fue satisfactorio por la presencia de la plaga anotada; que en razón de ésta el cultivador tuvo pérdidas y que la Asistencia Técnica se dio por concluida en virtud o en obedecimiento a las normas del ICA, que consideró que como única solución ante la presencia de esta plaga era destruir y quemar el cultivo. En cuanto a esta última afirmación está claro que hubo abandono del cultivo, por la consideración anotada por el deponente, pero debe observarse que en el proceso no está acreditado que el ICA hubiera ordenado destruir y quemar el cultivo ante la presencia de la plaga a que se refiere el deponente, y muy por el contrario en su informe que corre al folio 60 del expediente, dicha Entidad se abstiene de precisar si en la finca 'EL RIECITO' existió dicha plaga y anexó a él una serie de recomendaciones para el control de dicha plaga, lo que indica que sí era factible el control de ella y que la solución única no era la destrucción y quema del cultivo" (subrayas de la Corte).

Esta apreciación del sentenciador no envuelve el menor yerro de hecho, menos aún evidente. El testigo da una explicación ininteligible de por qué considera que la asistencia técnica fue eficiente y oportuna, y afirma que tal asistencia se dio por concluida en cumplimiento de normas del ICA. Pero la existencia de esas normas no se probó en el proceso. Por el contrario: el informe del ICA a folio 60 del cuaderno 1º está acompañado de instrucciones para combatir el insecto "scrobipalpula absoluta", lo que en sana lógica permite concluir que aquellas normas no existen.

En cuanto a que Morón hubiera arrojado del cultivo a un "supervisor", no a un técnico agrícola, él mismo lo explica en el interrogatorio de parte a que fue sometido (respuestas visibles al folio 64 del citado cuaderno). Y respecto a que no seguía las recomendaciones de los técnicos, sino hacía lo que le aconsejaban amigos agrónomos, debe suponerse que el Tribunal tuvo

en cuenta esta afirmación del testigo, ya que examinó todo el contexto de su declaración; pero de no haberla tenido en cuenta, en sana crítica no puede darse por probado un hecho afirmado por un solo testigo, sospechoso de parcialidad.

c). Refiriéndose a la poca frecuencia de las visitas de los técnicos al cultivo, dice el Tribunal: "También existe en el proceso los recors (sic) de Asistencia Técnica dados por los Agrónomos de la Empresa que corren a folio 4 y siguientes del expediente, los cuales fueron expedidos el 1º de noviembre de 1972, el 27 de diciembre del mismo año, el 17 de enero de 1973 y el 8 de febrero de este mismo año. Estos recors (sic) fueron debidamente reconocidos y de ellos se deduce que a Asistencia Técnica se prestó en este período por parte de La Empresa, pero con intervalos superiores algunos al mes y otros a veinte (20) días, lo que indica lo que viene a corroborar lo afirmado por los testigos arriba mencionados en el sentido de que esa Asistencia Técnica se prestó con intervalos superiores a los veinte (20) días y no en la forma como lo indica el mismo ICA en el informe ya comentado".

Según quedó expuesto atrás, la prueba del incumplimiento no era de cargo del demandante. Por lo tanto, estos "records", que son cinco, servirían de prueba a la parte demandada, no al actor, y apenas demostrarían una esporádica prestación de la asistencia técnica. No hubo pues error alguno de hecho por este aspecto.

d). Evidentemente en el informe del ICA visible a folios 36, 37 y 38 se lee que la asistencia técnica ha sido eficaz "hasta el presente". Mas como el informe carece de fecha, no puede saberse si fue rendido en relación con época anterior o posterior al advenimiento de la plaga. Tampoco se demostró respecto de él ningún yerro fáctico.

e). Por último, se examinarán los yerros de apreciación probatoria que al Tribunal se imputan en relación con el dictamen pericial.

Es verdad que en el proceso no consta que los peritos Muñoz y Gutiérrez sean técnicos agrónomos. Pero sí consta que el Juez que practicó la inspección judicial, en el auto por el cual los designó, puso de presente que ellos "figuran en la lista de auxiliares de la justicia en este despacho".

Conforme a las normas legales sobre auxiliares de la justicia, su designación debe ser hecha por el Magistrado o Juez tomando sus nombres de "la lista correspondiente"; si no la hubiere, de la correspondiente a otro despacho judicial del mismo lugar, y en su defecto "se hará la designación en persona debidamente calificada para el oficio" (artículo 9º del Código de Procedimiento Civil).

Si el Juez que practicó la inspección judicial hubiera nombrado como peritos a abogados o médicos, habría infringido abiertamente el mandato del citado artículo 9º, infracción que no puede presumirse, sino debe ser demostrada. A falta de prueba en contrario, que no se adujo, es preciso tener por cierto que los peritos Muñoz y Gutiérrez fueron tomados de "la lista correspondiente" a técnicos agrónomos.

La conclusión de los peritos acerca de la causa de la pérdida del cultivo del demandante no está debidamente fundamentada. En cambio, su afirmación sobre la existencia de esa pérdida sí lo está: la plantación se destruyó "por un fuerte ataque de El Cogollero del tomate Scrobibalpula", puesto que "todas las plantas presentan daños de este insecto en alto grado en las hojas y los frutos". Y también está bien fundamentado el avalúo que hicieron de los daños, especialmente en la ampliación que sobre el particular se les pidió.

Finalmente, el Tribunal no infringió, al apreciar el dictamen, el artículo 233 del citado Código, pues por lo anteriormente expuesto se debe tener por cierto que los peritos nombrados tienen especiales conocimientos técnicos sobre Agronomía; ni el 237, porque sus conclusiones sobre la existencia y cuantía del perjuicio son precisas, claras y suficientemente detalladas; ni el 241, ya que el Tribunal, al apreciar el dictamen, tuvo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la competencia de los peritos.

En cuanto a la violación medio del Art. 236, por cuyo ordinal 3º se exige que los peritos al posesionarse expresen bajo juramento que no se encuentran impedidos, la omisión de tal formalidad no afecta en manera alguna el principio de contradicción de la prueba, como quiera que las partes hubieran podido recusarlos, si algún impedimento tenían, y no lo hicieron, u

objetar el dictamen o su ampliación, lo que tampoco hicieron.

5. Por lo que toca con la falta de aplicación del artículo 1546 y la aplicación indebida del 1610, la Corte se remite a lo expuesto en el despacho de los dos primeros cargos. Los demás textos legales invocados por el censor fueron debidamente aplicados.

El tercero y el cuarto, de consiguiente, tampoco prosperan.

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 objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Sin costas, por haber habido rectificación doctrinal.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén (salvó voto); *Alberto Ospina Botero* (salvó voto).

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con sumo respeto y consideración nos separamos del fallo adoptado por la mayoría de la Sala, tanto en su motivación como en su conclusión, por las razones que enseguida exponemos:

Clasificación de las obligaciones y naturaleza del contrato celebrado

1. Dentro de la naturaleza del contrato y de las clasificaciones de las obligaciones en de dar, hacer y no hacer, en la especie de esta litis no se puede ignorar que el pacto celebrado entre los litigantes es bilateral, y que las obligaciones que se afirman incumplidas por el demandado y que se seseñalan como soporte de la reclamación directa de perjuicios, una es de hacer y otra de dar, unidas de tal suerte entre sí que no se pueden concebir autónoma o independientemente, so pena de romper la estructura armónica del acuerdo de voluntades.

2. Interpretado así el contrato, se tiene que cuando alguna de las partes incumple con las obligaciones de su cargo, la ley le concede al contratante cumplido la prerrogativa para solicitar, a su arbitrio, el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, en uno y otro caso con la consiguiente indemnización de perjuicios. Y en lo que atañe a esta última reclamación, en principio ha sostenido la doctrina, que cuando no se está en presencia de una obligación exclusivamente de hacer, no procede sin que previamente se solicite por el damnificado alguna de las dos acciones alternativas principales, o sea, la resolución o el cumplimiento del vínculo contractual, como consecuencia de que la petición de indemnización de perjuicios, en tal evento, tiene la calidad de accesoria o consecuencial de aquellas acciones.

3. El artículo 1546 del C. Civil, que se ofrece como solución para todos aquellos casos en que se ha celebrado un contrato bilateral y una de las partes no ha cumplido con las obligaciones que le incumben, dispone: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en 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". De suerte que, como norma general, la reclamación de perjuicios no se abre paso, por ser accesoria, sino en la medida en que se formule como consecuencial de una de las dos acciones alternativas principales que consagra el precepto mencionado.

Posición doctrinal de la Corte

4. En numerosos fallos la Corte ha afirmado el criterio antes expuesto, en los términos siguientes:

En sentencia de 17 de junio de 1948, sostuvo:

"El fenómeno del incumplimiento por uno de los contratantes, de lo pactado, da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de

una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas".

En fallo de 28 de abril de 1952, dijo:

"El Art. 1546 del C. C. dice que el contratante que se considere lesionado puede pedir, o la resolución del contrato, o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios. De esta suerte, la demanda debe invocar uno de los extremos enunciados, y pedir, como consecuencia, la indemnización a que se aspira. Si así no se hizo, quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada".

En decisión de 7 de abril de 1954, afirmó:

"La parte en contrato bilateral que se considere perjudicada por actos u omisiones de su contraparte, no puede exigir de ésta directamente la indemnización de perjuicios, por falta de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sino que debe demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, o pedir el cumplimiento del mismo, también con tal indemnización".

Luego, en sentencia de 20 de febrero de 1957, reiteró su criterio así:

"De conformidad con la constante doctrina de la Corte, cuando de contratos se trata no es viable la acción de perjuicios por incumplimiento sin que previamente se solicite o el cumplimiento o la resolución de los mismos, conforme al artículo 1546 del C. C., pues habiendo sido consagrada como principal la acción que tal norma estatuye, la condena al pago de perjuicios quedaría sin una causa efectiva de la cual éstos pudieron hacerse derivar. En realidad, sin una declaración previa de que el contrato debe resolverse o cumplirse, no podría saberse si hay o no lugar al pago de perjuicios ya que éstos son siempre consecuenciales de uno de los extremos de la alternabilidad que consagra la referida disposición. Empero, la misma jurisprudencia tiene establecido como excepción a esta regla general la consagrada en el Art. 1610 ibídem, relacionada con las obligaciones de hacer, en las cuales el acreedor puede optar por la simple indemnización".

Posiciones de la doctrina foránea

5. La Corte Suprema de Santiago de Chile al fijar el sentido y los alcances del artículo 1489 del Código Civil, de tenor idéntico al artículo 1546 del C. Civil Colombiano, sostuvo en fallo de 28 de julio de 1933, que mediante tal precepto no puede el acreedor reclamar directamente el pago de perjuicios, puesto que éstos son accesorios de las acciones de cumplimiento o de resolución que establece el mencionado artículo.

Carácter de la indemnización de perjuicios compensatorios

6. La indemnización de perjuicios, en verdad reviste dos formas: compensatorias y moratorios. Los primeros tienen lugar cuando el deudor no ha cumplido con la obligación de su cargo o, si la ha cumplido, lo ha hecho parcialmente; los segundos se dan cuando la obligación se ha cumplido en forma tardía.

Si el acreedor se ha orientado, dentro del fuero opcional que consagra el Art. 1546 del C. Civil, por el cumplimiento de la relación contractual, está constreñido a solicitar la prestación o el objeto debido, pues sólo, ante la imposibilidad de cumplir el deudor con tal obligación, podrá subsidiariamente solicitar el cumplimiento de la obligación por equivalencia, esto es, los perjuicios compensatorios.

Como quiera que la decisión de mayoría plantea la tesis en regla general de que los perjuicios compensatorios pueden reclamarse directamente, no sólo cuando la cosa perece, sino cuando el acreedor ya no tiene "ningún interés en que ese objeto se ejecute", especialmente, porque la cosa debida no le es útil después de la mora, con este criterio se le niega el carácter subsidiario que tiene la indemnización de perjuicios compensatorios, carácter que le reconoce la ley y lo reitera la doctrina de los tratadistas.

Sobre el punto expresa, por ejemplo, el Profesor Arturo Alessandri Rodríguez en su obra:

"Podrá el acreedor de una obligación de dar, cuando el deudor no la cumpla, exigir indistintamente la indemnización de perjuicios, o la cosa debida?. Se ha sostenido y se sostiene por algunos que el acreedor de obligación de dar puede solicitar indistintamente las dos cosas. En mi concepto, el acreedor de obligación de dar no podrá, ni puede exigir indistintamente las dos cosas, es decir, la obligación principal o la indemnización de perjuicios. El acreedor tiene un solo derecho, pedir el cumplimiento de la obligación; a eso se obligó el deudor, ese es el objeto de su obligación, tras ese fin fueron deudor y acreedor a contratar. De no aceptarse esta teoría, tendríamos que llegar a la conclusión de que las obligaciones son alternativas y que el acreedor puede exigir o la entrega de la cosa debida o la indemnización de perjuicios, y sabemos que la regla general en el Derecho, que el tipo normal de obligación es que ella sea pura y simple, que no haya anormalidades.

"En consecuencia, el acreedor puede pedir la cosa misma, y sólo en subsidio, cuando el deudor no pueda cumplir las obligaciones a que se obligó, entonces exigir la indemnización de perjuicios.

"En mi concepto, diversas disposiciones legales corroboran esta afirmación. En caso contrario, cómo se explicaría que la ley haya necesitado en casos especiales estar estableciendo reglas a este respecto?. Tales son el artículo 1555 (1612 C. Civil Colombiano) que se refiere exclusivamente a las obligaciones de no hacer; en el caso del artículo 1489 (1546 C. Civil Colombiano), o sea, en aquél en que va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado en los contratos bilaterales; en tal circunstancia puede el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Y más todavía, en el caso de la cláusula penal fue necesario que la ley consignara un texto expreso que autorizara al acreedor para exigir o la pena o la obligación principal sin el cual el acreedor no habría podido exigir ambas cosas indistintamente. Qué demuestra esto?. Que la ley no autoriza al acreedor de obligación de perjuicios. Dice el artículo 1537 (1694 Código Civil Colombiano). "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

"Cuál es la regla general que de este artículo se desprende?. Que el acreedor puede exigir indistintamente la obligación principal o los perjuicios?. A mi modo de ver, yo entiendo que sólo la obligación principal o la pena; la excepción confirma la regla; de lo contrario no tendría aplicación el artículo 1537" (1694 Código Civil Colombiano).

En igual forma se manifiesta el diserto civilista Don Luis Claro Solar en cuanto sostiene:

"En cuanto a la indemnización de perjuicios compensatoria, como por medio de ella se reemplaza la prestación a que el deudor está obligado, no puede ser pedida sino en lugar de ésta. Si la obligación es de hacer o no hacer y el deudor se halla constituido en mora, puede el acreedor, prescindiendo del cumplimiento de la obligación, solicitar la indemnización compensatoria, a la vez que la moratoria. El Art. 1553 (1610 Código Civil Colombiano) faculta expresamente al acreedor para pedir dicha indemnización compensatoria en lugar de la prestación de hacer a que el deudor estaba obligado; y en las obligaciones de no hacer, el artículo 1555 (1612 Código Civil Colombiano) establece como principio general que se transforma en la de indemnizar perjuicios, si el deudor contraviene a ella, y aunque se refiere al caso de no poderse deshacer lo hecho, no establece que el acreedor haya de pedir forzosamente que se deshaga lo hecho, cuando esto fuere posible y siendo necesaria esa destrucción para el objeto que se tuvo en mira al contratar.

"En cambio, si la obligación no cumplida es de dar, el acreedor no podrá pedir la

indemnización compensatoria, sino cuando el cumplimiento directo del contrato se ha hecho imposible por la pérdida o extravío de la cosa debida; lo que no obsta a lo establecido con respecto a la cláusula penal en las obligaciones convenidas con esta cláusula".

Qué otras disposiciones confirman la doctrina tradicional de la Corte

7. Como se observara al comienzo, a título general y respecto de los negocios jurídicos bilaterales dispone el artículo 1546 del C. C., que en ellos va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, pues en tal evento podrá la otra parte que ha cumplido o ha estado presta a hacerlo, solicitar a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, vale decir, esto último como consecuencial de las acciones principales de aniquilamiento o mantenimiento de la relación contractual.

Insistiendo el legislador en la prerrogativa jurídica que concede al contratante cumplido para impetrar la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, de nuevo sienta tal criterio para el contrato de compraventa, pues en éste, tanto el vendedor como el comprador pueden pedir alternativamente la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, sin perder esta última reclamación la calidad de accesoria de las acciones principales dichas, pues la inteligencia de los Arts. 1882 y 1930 del C. C. así lo confirma.

En efecto, expresa el primero de los preceptos que "el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, en la época prefijada en él. 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". Dispone el segundo de los artículos 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". (Subraya la Corte).

La coruscante claridad de estos preceptos trae como incuestionable conclusión la de que la petición de perjuicios fundada en el incumplimiento de contratos bilaterales y concretamente en el contrato de compraventa, como generador de obligaciones de dar, no puede, como norma general, solicitarse independientemente o sin sujeción a una de las acciones alternativas principales de resolución o cumplimiento, por asumir aquélla, se repite, el carácter de consecuencial o accesoria.

Los principios antes expuestos los reitera el legislador en el pacto comisorio, o sea, en la estipulación expresa de lo que el Art. 1546 del C. C., consagra y subentiende en todo contrato bilateral, puesto que el Art. 1936 del Código Civil preceptúa que "por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1930".

8. Como en el presente litigio la pretensión de reclamación de perjuicios estriba en el supuesto incumplimiento del demandado respecto de obligaciones que no son exclusivamente de hacer, sino también de dar, se tiene que tal petición, por tener la calidad de accesoria de cualquiera de las dos acciones principales de cumplimiento o resolución del contrato bilateral, no es posible formularla con idependencia de éstas. Y, como así no le entendió el Tribunal, consideramos que el fallo atacado en casación debió ser infirmado.

Fecha ut supra.

Alberto Ospina Botero, Humberto Murcia Ballén.

PETICION DE HERENCIA

Los hijos ilegítimos son asignatarios del padre bajo condición suspensiva y la herencia se les defiere al momento de cumplir la condición. Acción de reforma del testamento. Desde cuando se cuentan los términos para instaurar acción de reforma del testamento y la de petición de herencia

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por Ligia Ramírez de González contra la sentencia de 22 de enero de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al desatar la segunda instancia de este proceso ordinario que la recurrente promoviera contra Genoveva Guzmán de Villegas y otros.

II

Antecedentes

1. La demandante, hija natural de Ester Ramírez, nació en la ciudad de Cartago el 19 de abril de 1914. Y como su padre no la había reconocido, movió contra Pablo Villegas proceso de paternidad natural en demanda calendada el 7 de noviembre de 1940, que fue admitida por el Juez Civil del Circuito de Pereira. Tramitadas la primera y la segunda instancias del proceso de filiación y cuando los autos se encontraban a despacho del correspondiente magistrado para fallo, en escrito de 2 de noviembre de 1943 Ligia Ramírez manifestó que desistía del proceso por haber recibido del presunto padre la suma de $5.000.00 a título de transacción. Aceptado el desistimiento se ordenó el archivo del expediente.

2. El 26 de abril de 1951 dejó de existir Pablo Villegas, a quien Ligia había señalado como su padre natural. En su memoria testamentaria Pablo instituyó como única heredera suya a Genoveva Guzmán, su cónyuge, quien, ese mismo año adelantó el respectivo proceso de sucesión en el que se le adjudicaron casi todos los bienes del causante.

3. Así las cosas, en demanda fechada el 18 de diciembre de 1951, admitida por el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, Ligia Ramírez citó a proceso ordinario a Genoveva Guzmán, en su calidad de heredera testamentaria de Pablo Villegas, para que se le declarase hija natural de éste con derecho a sucederlo; para que, por tanto, se reformara su testamento y se ordenara la restitución de su cuota hereditaria, y para que, en subsidio de las pretensiones anteriores, se declarase la nulidad del desistimiento a que se aludió en el punto 1º anterior.

Agotado el trámite de la primera instancia, que fue demorado en demasía, el Juez de Cartago dictó el 28 de mayo de 1966, sentencia desestimatoria de las pretensiones de Ligia, sentencia que luego fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago el 29 de marzo de 1967, contra la que Ligia Ramírez formuló recurso de casación. Entonces, la Corte Suprema de Justicia, en fallo calendado el 4 de septiembre de 1970, casó el del Tribunal, revocó el del Juzgado y anuló el desistimiento presentado en el primer proceso de filiación, adelantado ante el Juez de Pereira, proceso que ordenó revivir para que se decidiera la segunda instancia, y, por

último, se inhibió de resolver las demás peticiones de la demanda.

4. Entonces, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, una vez le fue remitido del archivo el proceso que se había iniciado con demanda de 7 de noviembre de 1940 y en el que Ligia Ramírez había desistido, dictó sentencia de segunda instancia el 13 de enero de 1971, por medio de la cual revocó la del a quo y declaró que Ligia es hija natural de Pablo Villegas, muerto desde el 26 de abril de 1951. Contra esta providencia interpuso la demandada Genoveva Guzmán el recurso de casación, pero sin fortuna, pues la Corte en fallo de 9 de noviembre de 1971 negó su quebrantamiento.

5. Pero con antelación a los episodios relatados en el punto 4º que precede, una vez conocida la sentencia de la Corte que declaró la nulidad del desistimiento, Ligia Ramírez, en demanda de 2 de octubre de 1970, llamó a proceso ordinario a Genoveva Guzmán, la heredera testamentaria de Pablo Villegas, para que se la declarase hija natural de éste con derecho a heredarlo y para que Genoveva fuese, consecuencialmente, condenada a restituirle su cuota hereditaria. La parte demandada, notificada del auto admisorio de la demanda, propuso la excepción de pleito pendiente, con base en que habiendo anulado la Corte el desestimiento presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, había revivido el proceso de filiación natural que allí se había ventilado en 1943, y, por tanto, quedaba pendiente la decisión sobre la pretensión de paternidad. Y aunque la demanda fue reformada el 5 de agosto de 1971, el Juzgado declaró probada esa excepción, resolución que fue confirmada por el correspondiente tribunal el 8 de noviembre siguiente. Con posterioridad se planteó sin suerte ante el Juez de Cartago incidente de nulidad de todo lo actuado.

6. Para el inicio del año de 1973, según se desprende del compendio de estos antecedentes, Ligia Ramírez sólo había logrado al terminarse el proceso de filiación que 33 años antes iniciara en vida de su padre (año de 1940), que frente a Genoveva Guzmán, heredera testamentaria de éste, se le declarara hija natural del fallecido Pablo Villegas. Para entonces, hacía más de 20 años que a Genoveva se le habían adjudicado en la mortuoria de éste casi todos los bienes relictos.

III

El presente litigio

1. En demanda, adicionada y corregida, admitida por auto de 29 de mayo de 1973, Ligia Ramírez de González demandó ante el Juez 2º Civil del Circuito de Cartago a Genoveva Guzmán viuda de Villegas y a Alberto Gómez Arrubla, Aurelio Botero Arellano y Alba Lucía Aulestia de Botero, para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Ligia Ramírez o Villegas viuda de González es heredera de Pablo Villegas, en cuanto hija natural suya, de conformidad con la Ley 45 de 1936.

"Segundo. Para el caso de que se considere que el testamento desconoció los derechos de la asignataria forzosa, como hija natural del de cuius, señora Ligia Ramírez de González, y no que simplemente la pasó en silencio, se reforma el testamento de modo que las asignaciones allí establecidas quedan reducidas a la cuarta parte del patrimonio, pues la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras la corresponde a aquélla, como legítima efectiva.

"Tercero. Ligia Ramírez o Villegas vda. de González, en cuanto heredera de Pablo Villegas, como hija natural suya, tiene derecho a la adjudicación de la herencia del mismo, en la cuota que le corresponde conforme a la ley y a la situación específica del proceso(tres cuartas parte de la herencia), y a que se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales, por la heredera putativa, señora Genoveva Guzmán de Villegas por ser aquélla de mejor derecho.

"Cuarto. Por tanto, la demandada señora Genoveva Guzmán vda. de Villegas debe restituir a la demandante Ligia Ramírez de González, la cuota hereditaria de tres cuartas partes de los bienes que actualmente posee por la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Pablo Villegas Botero, conforme se relacionan dichos bienes en el hecho octavo de esta demanda.

"Quinto. Genoveva Guzmán vda. de Villegas, como heredera putativa de Pablo Villegas, debe a Ligia Ramírez vda. de Gon-

zález, todos los frutos de los bienes de la herencia de éste, percibidos por aquélla o perceptibles con mediana inteligencia y cuidado desde cuando entró en la posesión legal de la misma, o sea desde cuando se le defirió y es responsable ante ella de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias como poseedora de mala fe, con derecho a los abonos, en materia de mejoras, correspondientes a ese mismo calificativo.

"Sexto. Los demandados Alberto Gómez Arrubla, Aurelio Botero Arellano y Alba Lucía Aulestia de Botero deben entregar a Ligia Ramírez vda. de González los bienes adquiridos por ellos conforme a las transferencias y a los títulos indicados en el hecho 10 de esta demanda, ordinal M), junto con los frutos percibidos con mediana inteligencia y cuidado, desde el día de la adquisición respectiva, como poseedores de mala fe para ese fin y respecto de las mejoras que puedan haberles introducido.

"Séptimo. Genoveva Guzmán viuda de Villegas debe pagar a Ligia Ramírez de Gónzález o completar según el caso, el valor de los bienes de la herencia de la segunda en la sucesión de Pablo Villegas, de modo de dejarla completamente indemne, en el evento de que la acción reivindicatoria, con todas las consecuencias, prospere contra terceros o prospere solo parcialmente.

"Octavo. Los demandados pagarán solidariamente las costas del proceso.

2. Como hechos de la causa petendi esgrimió la demandante los relatados en los antecedentes y además que la demandada Genoveva vendió a los otros demandados, el 29 de septiembre de 1970, el fundo rural "Montero" o "La Argentina" que le había sido adjudicado en la sucesión de su marido.

3. Admitida la demanda y notificado a todos los demandados el auto admisorio de la misma, éstos dieron respuesta al libelo oponiéndose a las pretensiones de Ligia, y alegando que habían prescrito las acciones propuestas. Agregó la demandada Genoveva Guzmán que como "es poseedora quieta y pacífica de los bienes que le adjudicaron como sucesora de Pablo Villegas desde hace más de 23 años" se ha operado en su favor la prescripción.

En incidente de excepciones previas se declaró probada en relación con los demandados Gómez, Botero y Aulestia la excepción de prescripción de la acción reivindicatoria.

4. La primera instancia terminó con sentencia de 18 diciembre de 1974 en que se declaró probada la excepción de prescripción de las acciones de petición de herencia y reforma del testamento. Apelada esta providencia por la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la confirmó. Entonces, la misma parte interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

IIII

Motivación del Tribunal

Expresa éste que está demostrada la calidad de hija natural de Pablo Villegas que ostenta Ligia Ramírez y que, del mismo modo, se acreditó que Genoveva Guzmán, cónyuge sobreviviente de aquél, detenta los bienes de la sucesión de su marido premuerto, en su calidad de heredera testamentaria, primero, y luego de adjudicataria de los mismos. Con estas premisas dice que como Pablo falleció desde el 26 de abril de 1951 y como los bienes, en su mayoría, le fueron adjudicados a Genoveva en la sucesión de aquél, según trabajo de partición que fue aprobado por sentencia de 23 de octubre de 1951, registrada el 27 de los mismos en el tomo 1º de causas mortuorias, folio 155/70, partida 39, desde cuando los posee con animus domini, debe concluirse que Genoveva tiene en su favor la prescripción, pues hasta cuando se inició este proceso (mayo de 1973) transcurrieron más de 20 años, término que fija la ley para que prescriba la acción de petición de herencia. Advierte, además, que como Genoveva, con relación al derecho de Ligia, puede ser considerada como heredera putativa o aparente, entonces, puede oponerle la prescripción decenal a que hace referencia el artículo 766, inciso final del Código Civil.

Finalmente, resumiendo su pensar, el Tribunal expresa: "exigiendo la prescripción que extingue la acción y derechos ajenos al transcurso solamente de cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido

dichas acciones, por una u otra razón, y contando ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible, es el caso entonces de declarar la prescripción solicitada, porque ha transcurrido el tiempo necesario señalado por la ley para que este fenómeno tenga cumplimiento, ya que la demanda fue admitida el 29 de mayo de 1973, habiendo sido presentada el 29 de marzo de ese mismo año, ya que el tiempo para la prescripción en este caso debe contarse desde la fecha en que se adjudicó la herencia a Genoveva Guzmán de Villegas, hasta que se presentó la demanda y no a partir de la declaratoria de hija natural.

"Demostrado que la demandada ocupa los bienes de la herencia, con justo título, hace más de 23 años, y reunidos además los requisitos legales, habrá de confirmarse la sentencia recurrida por estar basada en lo alegado y probado dentro del proceso, ya que las acciones de petición de herencia y reforma del testamento se encuentran prescritas, tal como lo alegó la parte demandada".

IV

La demanda de casación

Cargo único, montado en la causal primera, lanza el recurrente contra la sentencia extractada antes y lo hace consistir en que el Tribunal quebrantó, por interpretación errónea, los artículos 2512, 2518, 2535, 673, 757, 1008, 1013, 1155, 1283, 2528, 764 y 766-4º del Código Civil, por falta de aplicación, los 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936 y 1274, 1276, 1321 a 1324 y 961 a 971 del Código Civil y, por aplicación indebida, los 306 del C. de P. C. y 2512-2, 2535, 1274 y 1326 del Código Civil.

Arguye el censor que el ad quem confunde la prescripción adquisitiva o usucapión, con la prescripción extintiva y que yerra al decir que es justo el título del heredero putativo y que le sirve para la prescripción decenal; que olvidando las reglas de la lógica, la moral y la justicia, el fallador se guió simplemente por una cuenta cronológica para negar el derecho a Ligia Ramírez de González.

Enseguida el impugnante precisa que la acción de reforma del testamento prescribe en 4 años, contados desde el día en que el demandante tuvo conocimiento de su calidad de heredero y que la de petición de herencia expira en 20 años; que mientras no se tenga certeza sobre la calidad de heredero no es posible iniciar ni una ni otra acción, por lo cual para reconocer la prescripción no se puede contar el tiempo desde la muerte del causante, sino desde que a la demandante se hubiera reconocido su calidad de hija nautral y, por tanto, la de legitimaria de Pablo Villegas; que el tiempo de prescripción extintiva, como lo enseña el artículo 2535 del C. C. tratándose de obligaciones, se cuenta desde que se hayan hecho exigibles, o cuando no se trata de pretensiones crediticias, desde que el derecho respectivo puede ser reclamado. Luego se pregunta a partir de qué fecha se cuenta el lapso veintenal? Acaso se iniciará la cuenta, como lo sostiene el Tribunal, a partir del óbito del de cuius? No, porque la misma ley, tratándose de asignaciones bajo condición suspensiva, ordena que el conteo se haga desde que la condición llega. Que, además, tratándose del hijo natural que, a pesar de haber demandado su filiación en vida de su padre, sólo logra la definición de su estado civil después de muerto el legítimo contradictor, tampoco puede contarse el término prescriptivo a partir de la muerte de aquél.

Sobre el punto expresa: "El hijo natural que ha demandado la definición de su ascendencia paterna en vida del presunto padre, no puede inter mora litis, variar sus solicitudes. Así si el padre fallece antes de que de la terminación del proceso respectivo, no puede eficazmente solicitar que, con citación de los herederos de aquél (Art. 404 C. C.), la sentencia abarque, a más del acertamento de su estado civil, adjudicación de su cuota hereditaria y entrega de los bienes respectivos (petición de herencia), toda vez que la relación jurídico-procesal es inmodificable una vez que expira la posibilidad de reformar la demanda (Art. 89 C. de P. C.). En esas condiciones, dado su ejercicio de la acción en vida de su padre, habrá de esperar la sentencia en el proceso respectivo, para, entonces sí, pedir su herencia y, si fuere el caso, también la reforma del testamento con dicho fin. De modo que, sin necesidad de pensar en la eventualidad de transacción nula del

desistimiento de la acción de estado, el hijo que obró tempestivamente y regularmente en busca de la definición de su ascendencia quedaría expuesto a que, con base en la argucia, la procastinación y la morosidad ajenas, se le desconociera automática e inopinadamente su derecho a la herencia, con el mero argumento de que cuando al fin de cuentas obtuvo el fallo de estado y con él el título de heredero, y vino a demandar la herencia, esa pretensión estaba prescrita por exceso de veinte años a partir de la defunción de su padre.

"Si bien la definición de la calidad de heredero opera con retroactividad, de modo de poder tener al interesado como tal desde cuando se le defirió a él la herencia, es obvio que esa eficacia, propia de la sentencia declarativa y de fijación o acertamento no puede tomarse en contra de quien la obtiene en su favor, sino tan solo en cuanto le implique ventaja. Pues lo contrario sería aberrante e inicuo: exigirle a quien solo alcanza el título ahora, que con fundamento en lo que no tenía antes, hubiera demandado algo para lo cual le era indispensable esa calidad o legitimación. Definitivamente el derecho no puede prestarse para añagazas, acechanzas y fraudes, y repugna toda tentativa de su empleo con fines aviesos.

"Todo lo cual persuade de la solidez de la conclusión enunciada: Genoveva Guzmán de Villegas no puede oponer válidamente a Ligia Ramírez la excepción de prescripción extintiva del derecho de petición de la herencia de Pablo Villegas, por el hecho de que habiendo muerto éste el 26 de abril de 1951, la demanda correspondiente solo se introdujo en marzo de 1973, luego de cerca de veintidós años, más en todo caso, de los requeridos legalmente para el perecimiento del derecho. Y no es admisible esa defensa porque para la demandante solamente le fue posible entablar esa demanda con posterioridad al 9 de noviembre de 1971, cuando la Corte no casó la sentencia estimatoria del Tribunal de Pereira que fijó su estado civil, en respuesta a la acción que había intentado desde en vida de su padre, treinta y un años atrás. O sea, que no es de recibo la excepción de prescripción, porque la cuenta respectiva no podía iniciarse y completarse en contra de la titular del derecho antes de que ella lo tuviera y pudiera ejercitarlo. Este el punto nítido, incuestionable, cuyo esclarecimiento y determinación encarezco a la Corte, en aras del derecho y la justicia.

V

Consideraciones de la Corte

1. Es indiscutible que la sentencia que declara la paternidad natural es de las que la doctrina llama declarativas, pues se limita a reconocer un hecho ya existente, realizado en el pasado: la paternidad. Precisamente, por la naturaleza de ese fallo, sus efectos se retrotraen al momento de la concepción del hijo. Lo mismo sucede con el reconocimiento que haga el padre. Pero como los derechos inherentes al estado civil de hijo natural no se pueden ejercer eficazmente antes de que ese estado se consolide, sea por el reconocimiento o por la declaración judicial de paternidad, únicos medios que autoriza la ley colombiana para definir esa filiación natural, resulta acompasado con la lógica que el hijo ilegítimo, el no reconocido por su padre, antes de que judicialmente se declare la paternidad, no tiene la calidad de hijo natural, porque para alcanzarla, como lo impera el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, requiérese o el reconocimiento o la declaración judicial. Con antelación a uno de estos momentos, así se conozca ciertamente quién es su progenitor, ese hijo extramatrimonial no puede ejercer los derechos que la ley concede al natural, precisamente por no haber obtenido aún la determinación de esta calidad. De la misma manera es patente que una vez definido su estado civil, sea por reconocimiento o por declaración judicial de paternidad, desde aquel preciso instante el hijo natural puede entrar a gozar de todos los derechos inherentes a esa situación jurídica y no sólo hacia el futuro, sino que, en virtud de la naturaleza de la sentencia declarativa de filiación, que produce sus efectos en el pasado, puede reclamar los derechos que, a partir, de su concepción hayan quedado radicados en su cabeza por el efecto retroactivo ya que la declaración judicial de paternidad natural, ya del reconocimiento.

Bien claro resulta de lo expuesto que los derechos que la ley otorga al hijo natural,

sin distinguir si fue reconocido o declarado judicialmente tal, sólo pueden ser ejercitados por éste a partir del momento en que ostente ese estado civil, pues antes del reconocimiento o de la ejecutoria de la sentencia que declara su filiación, ese hijo, relativamente al padre, no tiene la calidad de natural, sino sólo la de hijo extramatrimonial o ilegítimo, calidad esta última de la que no deriva derechos ciertos frente al progenitor presunto o a sus herederos.

2. Síguese de lo anterior que si al morir una persona, su hijo extramatrimonial no está reconocido por ella ni tiene en su favor declaración judicial de paternidad natural, éste no puede reclamar derecho alguno de los que la ley concede a hijos naturales por muerte de su padre. Y es patente esta conclusión, puesto que el hijo concebido por fuera del matrimonio no tiene, con relación al progenitor, la calidad de hijo natural, sino cuando sea reconocido o declarado tal con arreglo a las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968. Antes de que se produzca ora el reconocimiento, ora la declaración judicial, el hijo no tiene la calidad de natural, sino sólo la de ilegítimo o extramatrimonial que está desnuda de atributos patrimoniales. Y como, por ejemplo, a la sucesión intestada del padre difunto, de sus descendientes únicamente son llamados los hijos legítimos, los adoptivos y los hijos naturales (en ningún caso los simplemente ilegítimos o extramatrimoniales), entonces es palmario que estos últimos, los extramatrimoniales, por carecer de vocación legal sucesoria (Artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 18 de la 45 de 1936 y Ley 5ª de 1975), ningún derecho tienen para reclamar la herencia del padre. De consiguiente, por no ser llamados a la herencia de aquél, en el momento de fallecer el causante nada se les defiere, desde luego que la delación de la herencia sólo se hace al heredero o legatario.

3. Sin embargo, como hoy no es indispensable que la calidad de hijo natural sea determinada antes de la muerte del padre, es posible, y así acontece en innumerables ocasiones, que el hijo extramatrimonial haya reclamado su filiación natural con posterioridad al fallecimiento del progenitor presunto, demandando a sus herederos, o que no obstante haber presentado la demanda de paternidad en vida del supuesto padre, al morir éste, aún esté en trámite el proceso respectivo. En uno y otro caso la herencia del difunto no se defiere al hijo extramatrimonial en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, porque esta delación sólo se hace a quien en ese momento tenga vocación hereditaria, ora por llamamiento de la ley, ora por vocación del testamento, como lo consagra el artículo 1013 del Código Civil.

No obstante lo expuesto, y a pesar de que todas las asignaciones por causa de muerte hechas por la ley son, en principio, puras y simples y, además, a título universal, pues el legislador reserva a la voluntad del hombre el instituir asignatarios condicionales, a día, modales y a título singular, puede sostenerse con rigor científico que el hijo extramatrimonial que al morir su padre no fue reconocido como natural, ni había sido aún declarado judicialmente como tal, es su asignatario bajo condición suspensiva, condición que consiste en que con posterioridad se dicte sentencia en que se le declare hijo del de cuius. Y si la demanda de filiación se propone después de muerto el padre y vigente la Ley 75 de 1968, para tener esa vocación sucesoral, se exige también que el auto admisorio se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción, como lo establece el artículo 10 de la ley citada.

4. En compendio: al morir el padre son inmediatamente llamados a su sucesión sus hijos legítimos y naturales, y los adoptivos, plenos y simples, pues por ser los herederos del difunto, la herencia se les defiere desde el mismo instante del fallecimiento de aquél (artículo 18 de la Ley 45 de 1936 y Ley 5ª de 1975). Pero si el de cuius deja hijos ilegítimos, es decir extramatrimoniales que ni fueron reconocidos por él ni han sido aún declarados judicialmente como suyos, entonces y como quiera que la ley permite definir la filiación natural también después de la muerte del padre, esos hijos son asignatarios suyos bajo condición suspensiva, condición que consiste en el hecho futuro e incierto de que obtengan sentencia en que se declare que el de cuius es su padre natural y sin perjuicio de lo dispuesto en el último inciso del artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Ahora bien, por su calidad de asignatarios bajo condición suspensiva, a tenor de lo

dispuesto en el artículo 1013 del Código Civil, la herencia se les defiere al momento de cumplirse la condición y no al momento de la muerte del padre.

5. Desde la adopción del Código Civil, al hijo natural se ha reconocido siempre su calidad de legitimario del difunto (artículo 1240-3º), y a partir de la vigencia de la Ley 45 de 1936 (artículo 24), se le incluyó entre los destinatarios exclusivos de la cuarta de mejoras. Hoy, pues, como ya lo ha enseñado la Corte, si el padre natural muere sin dejar otros descendientes ni adoptivos, el hijo natural tiene derecho a su cuota en la mitad legitimaria concurriendo con los ascendientes de aquél, y a la integridad de la cuarta de mejoras; y si el difunto no deja otros legitimarios que el hijo natural, éste tiene derecho indiscutible a la mitad legitimaria íntegra y a toda la cuarta de mejoras. Y puesto que tanto las legítimas como la cuarta de mejoras, son asignaciones forzosas, es decir, de las que el testador es obligado a hacer y que, como lo ordena el artículo 1226 de Código Civil, se suplen, cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, si el padre extramatrinial lesiona cualquiera de estos derechos del hijo natural, como cuando en su memoria le reconoce menos de su cuota en la mitad legitimaria o distribuye la cuarta de mejoras entre quienes no son llamados a élla, entonces el hijo tiene acción de reforma del testamento para que se le integre su legítima y se le cuente entre los destinatarios de la cuarta de mejoras.

Y si aconteciere que el padre no se limita a disminuirle sus asignaciones forzosas, sino que lo pasa en silencio en el testamento, ignorándolo como si no existiera o no fuera su descendiente, entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1276 del mismo código, el hijo natural no ha menester ejercitar la acción de reforma del testamento, como en el caso antes narrado, sino que por tener la calidad de legitimario, la que le otorga el artículo 1240-3º, con la sola prueba de ser tal ha de considerarse que fue instituido heredero en su legítima. Así, el testador que pasando por alto a su hijo extramatrimonial, deja todos sus bienes a su cónyuge, está expuesto a que su última voluntad sea sustancialmente modificada si el hijo obtiene sentencia em que se le declare natural, pues esta filiación le concede la categoría de legitimario, por lo cual con que el preterido demuestre su calidad de hijo natural es suficiente, sin necesidad de que previamente ejercite acción de reforma del testamento para que se le tenga como instituido en su legítima.

Sin embargo, en el evento de que el legitimario quiera ejercer la acción de reforma que le da el artículo 1274 del C. C., el término de los cuatro años que la ley ofrece para su ejercicio no se cuenta desde la muerte del testador, sino desde el día en que tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario, como expresamente lo declara aquella norma. Por tanto, el hijo ilegítimo que obtiene, después de muerto su padre, la declaración judicial de paternidad natural, así conoc era con antelación mayor a cuatro años el testamento de su padre en que son heridos sus derechos como legitimario descendiente, no por ello pierde la acción de reforma, la cual puede intentar dentro de los cuatro siguientes a la ejecutoria del fallo que reconoce su filiación natural, pues el término no se cuenta sólo a partir del día en que tuvo conocimiento del testamento, sino que es menester también que a la sazón tenga la calidad de legitimario.

6. Y por cuanto la acción de petición de herencia que, al decir del artículo 1321 del C. C., es la que tiene quien probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, solo puede eficazmente ser ejercitada por quien ostente título de heredero de igual o mejor derecho que el del que ocupa diciéndose también heredero, síguese que el término de prescripción de esta acción no puede siempre contarse desde la defunción del de cuius, sino desde cuando el demandante se reconoció su vocación hereditaria, pues mientras no pueda probar su calidad de heredero de igual o mejor derecho, por carecer entonces de interés jurídico, embarcarse en un pleito de petición de herencia sería una aventura ciertamente desastrosa. Siendo que en la acción consagrada por el citado artículos 1321, la controversia se tiende entre quien prueba derecho a una herencia frente a quien la posee alegando también

título de heredero, es decir, siendo que el derecho de reclamar la adjudicación de la herencia y la restitución de las cosas hereditarias se le otorga sólo a quien probare su derecho a la herencia, es claro que el demandante no podrá iniciar con buena ventura esa acción principal, mientras no tenga en firme su grado de sucesor a título universal. Siendo esto así, el término de prescripción de su derecho no puede empezar a correr antes de que pueda ejercitarlo. Lo cual es conforme con lo que dispone el segundo inciso del artículo 2535 del C. C., que al establecer que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el que no se hayan ejercido dichas acciones, precisa que se cuente este tiempo desde que la obligación se hizo exigible, es decir, que aún en el caso de que la obligación haya nacido a la vida del derecho, mientras no sea exigible, mientras no se pueda demandar su cumplimiento, no empieza a correr el término prescriptivo. Y con más razón, tratándose ya de la facultad de demandar con eficacia el reconocimiento de un determinado derecho, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que ese derecho haya nacido. No sería razonable sostener cosa distinta, por dos motivos: es la primera la de que el texto final del artículo 2535 citado permite sin dificultad sacar esa conclusión, y la segunda, que es contrario a la moral y a la equidad que un derecho pueda extinguirse antes de que su titular pudiera normalmente hacer uso de él, pues como decían los romanos actioni non natae non prescribitur.

Ahora bien, tratándose de un asignatario bajo condición suspensiva, por cuanto la delación de la herencia se le hace al cumplirse la condición y no al momento de fallecer el causante, menester es concluir que, en este evento, el término prescriptivo de la acción de petición de herencia no puede empezar a contarse antes de que la respectiva condición se cumpla.

7. Sentadas las bases anteriores y descendiendo al caso concreto que en este proceso se debatió, llégase fácilmente a la conclusión de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga quebrantó directamente las normas que la censura indica. El fallador apreció bien que Pablo Villegas, desde 1940, fue demandado por su hija Ligia Ramírez en acción de filiación natural, y que muerto Pablo en el año de 1951, ese mismo año se adjudicaron a su mujer Genoveva Guzmán, su heredera testamentaria, casi todos los bienes herenciales; apreció bien igualmente que con citación de Genoveva se continuó el proceso de filiación que culminó, después de muchas incidencias, con el fallo de 13 de enero de 1971, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por medio del cual revocó el de primera instancia y, en su lugar, declaró que Ligia Ramírez de González es hija natural de Pablo Villegas, fallo que fue recurrido en casación, pero que la Corte por medio del suyo de 9 de noviembre del mismo año no casó; de la misma manera apreció bien el Tribunal que a Genoveva, el 5 de junio de 1973, se le hizo la notificación del auto admisorio de la demanda en que se ejercitaron por Ligia las acciones de petición de herencia y reforma del testamento, libelo que había sido presentado desde el 2 mayo anterior. Pero como el Tribunal de Buga, no obstante, declaró la prescripción de las dichas acciones, considerando erradamente que el término prescriptivo debía contarse "desde la fecha en que se adjudicó la herencia a Genoveva Guzmán de Villegas, hasta que se presentó la demanda, y no a partir de la declaratoria de hija natural", quebrantó la ley sustancial.

Debe por tanto casarse el fallo y dictarse la sentencia de reemplazo.

VII

Sentencia sustitutiva

Casado el fallo del ad quem procede la Corte, como Tribunal de instancia, a revisar la sentencia apelada, proferida por el Juez de primer grado, declarativa de la excepción de prescripción de las acciones de petición de herencia y reforma del testamento. Con tal fin, fuera de las consideraciones que sirvieron de columna a la casación de la sentencia del Tribunal, se hacen las siguientes:

1ª La Corte reafirma su competencia para conocer de este proceso, pues si bien es verdad que el Tribunal declaró desierto el recurso de casación interpuesto por la demandante, no lo es menos que, para cuan-

do tal providencia dictó, ya su competencia estaba suspendida. Habiéndose ejecutoriado el auto del Tribunal que concedió el recurso de casación, y no pesando sobre la recurrente la carga procesal de suministrar lo necesario para expedir las copias que servirían al a quo para dar cumplimiento provisional a la sentencia, desde luego que la recurrente era la parte demandante y, como quiera que la sentencia que declaró probada la excepción de prescripción no contenía pronunciamiento alguno susceptible de ser ejecutado, resulta palmario que el Tribunal carecía a la sazón de competencia para declarar desierto el recurso de casación. Por tanto es legal la providencia que anuló lo actuado en la época en que el ad quem tenía suspendida su competencia como quedó explicado en el auto de 20 de abril pasado, visible a folios 18 de este cuaderno.

2ª Están satisfechos los presupuestos de capacidad para ser parte, capacidad procesal, demanda en forma y competencia, por lo cual, desde este punto de vista, no se encuentra defecto ni en la regular formación del proceso, ni en su perfecto desarrollo.

3ª Como quedó explicado en las consideraciones que sirvieron de estribo a la casación del fallo del Tribunal, no ha prescrito ni la acción de petición de herencia ni la de reforma del testamento, lo que obliga a desechar la excepción de prescripción que, en el punto, propuso la demandada Genoveva Guzmán de Villegas. En efecto: como Ligia Ramírez de González sólo obtuvo firmeza en la declaración de ser hija natural de Pablo Villegas para el 25 de noviembre de 1971, cuando quedó ejecutoriada la sentencia de la Corte que no casó la del ad quem que ordenó tenerla como tal, sólo desde entonces puede contarse el término de prescripción, según quedó largamente examinado antes. Desde esa misma fecha se considerará a Genoveva Guzmán como poseedora de mala fe para efectos de las restituciones a que será condenada.

De consiguiente, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 1274 y 1326 del Código Civil la acción de reforma del testamento puede intentarse dentro de los cuatro años, contados desde el día en que el demandante tuvo conocimiento del testamento y, además, de su calidad de legitimaria, y si la acción de petición de herencia prescribe al cabo de 20 años, contados a partir de la delación de ésta, síguese que por cuanto Ligia Ramírez viuda de González sólo consolidó su calidad de hija natural el 25 de noviembre del año de 1971, fecha en la cual también se le hizo delación de la herencia de Pablo Villegas, ninguna de las dichas dos acciones ha prescrito, pues cuando Ligia presentó la demanda judicial en que las ejercita, para entonces sólo había transcurrido un término cercano a los dos años. De otra parte se observa que la demandada sólo propuso como defensa la excepción de prescripción extintiva, y que nunca formuló demanda o contrademanda para hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva o usucapión.

4ª De todas las pretensiones formuladas en la demada sólo conocerá ahora la Corte de las aducidas frente a Genoveva Guzmán de Villegas, pues las demás, las intentadas contra Alberto Gómez Arrubla, Aurelio Botero Arellano y Alba Lucía Aulestia de Botero, quedaron definitivamente resueltas al declararse, en el incidente de excepciones previas, probada en favor de estos tres últimos demandados la excepción de prescripción, como se ve en providencia de 8 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

5ª Como se lee en el auto de 31 de julio de 1974, visible a folios 100 y vuelto del cuaderno 1º, el Juzgado del conocimiento declaró subrogado a Fernando Hedmont H. en el 50% de los derechos que en este proceso litiga la demandante, según la cesión de ellos a que hace referencia la Escritura 2665 de 30 de septiembre de 1970, pasada ante el Notario 3º de Cali.

6ª Están probados los elementos de la acción de petición de herencia, pues Ligia Ramírez ha acreditado ser hija natural de Pablo Villegas y, por tanto, su legitimaria con derecho a recoger, por no haber otros herederos forzosos, la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras con exclusión, en esas tres cuartas partes, de Genoveva Guzmán, quien no es legitimaria del difunto. Sin embargo, ésta concurrirá a la sucesión como asignataria de la cuarta de libre disposición, por ser ella la única heredera testamentaria, lo que se hará sin perjuicio de

los legados hechos con imputación a esa misma cuarta.

La calidad de hija natural de Pablo Villegas que tiene la demandante quedó debidamente demostrada, no con la copia de la sentencia que hizo tal pronunciamiento, visible a folios 4 vto. a 19 del cuaderno 1º, sino con la del acta respectiva del libro de registro civil de reconocimiento, expedida por el Notario 2º de Cartago (fl. 3 del mismo cuaderno), que es el medio adecuado para demostrar el estado civil de las personas, según lo impera hoy el Decreto 1260 de 1970 en sus artículos 105, 106 y 107.

Habiendo acreditado la demandante Ligia tener derecho a la herencia de Pablo Villegas, ocupada en su integridad por la heredera testamentaria Genoveva Guzmán, ocupación que comprobó con la copia del auto de herederos dictado el 7 de junio de 1951 en el proceso de sucesión de Pablo, en que se reconoció a ésta como su única y universal heredera (fl. 46 y vto. del cuaderno 1º) y con la copia de la partición y de su sentencia aprobatoria (fls. 47 y 56 del mismo cuaderno), hecho que, además, ha sido aceptado por ella y le sirvió de apoyo para alegar la excepción de prescripción, menester es concluir que, en la proporción de tres cuartas partes para Ligia Ramírez y su cesionario del 50%, y de una cuarta para Genoveva Guzmán, ha de adjudicarse la herencia de Pablo Villegas. Para hacer efectivo el derecho de la demandante, Genoveva Guzmán de Villegas, única ocupante de la herencia, desde ahora restituirá para ella y su cesionario las tres cuartas partes de las cosas hereditarias con sus aumentos posteriores y los frutos producidos por éstas desde el 25 de noviembre de 1971.

7ª También ha de prosperar la acción de reforma del testamento otorgado por Pablo Villegas y que rigió su proceso de sucesión, memoria visible en copia a folios 42 del cuaderno 1º, en la cual éste no sólo pasó en silencio a quien luego fue declarada su hija natural, sino que, con claro perjuicio del derecho de ésta, instituyó como única heredera suya a la demandada Genoveva Guzmán, su legítima mujer, y designó algunos legatarios de especies y de cantidades de dinero.

Siendo pues Ligia Ramírez viuda de González, la única heredera legitimaria del causante, quien no dejó hijos legítimos, ni adoptivos, ni ascendientes, tiene derecho a toda la mitad legitimaria (Art. 20 de la Ley 45 de 1936) y teniendo también, ella sola, la calidad de hija natural suya, le corresponde íntegra la cuarta de mejoras (Art. 24 de la misma ley). Por tanto, si la demandante tiene derecho exclusivo a las dos asignaciones forzosas mencionadas, en tal sentido habrá de reformarse el testamento de Pablo Villegas, disponiéndose además que todas las asignaciones contenidas en su memoria han de ejecutarse sobre la cuarta de libre disposición, la que, por tanto, se atribuirá a Genoveva con cargo de pagar los legados.

8ª Ahora bien, como en el trabajo de partición practicado en el proceso de sucesión de Pablo Villegas, trabajo de partición que es inoponible a Ligia Ramírez de Gónzález y al cesionario de la mitad de sus derechos, pues fue practicado a espaldas suyas, se hizo una sola hijuela para pagar a Genoveva su derecho de gananciales y su derecho herencial como universal asignataria del causante, sin discriminar con qué bienes se le pagaba un derecho y con cuáles el otro, menester será ordenar rehacer la partición, mas sólo con el fin de formar para aquella una hijuela por concepto de sus gananciales, otra por concepto de su herencia y otras dos, respectivamente, para Ligia Ramírez viuda de González y Fernando Hedmont para cubrirles el valor de la mitad legitimaria y de la cuarta de mejoras. En lo demás la partición no sufrirá mengua. A Genoveva se le darán de preferencia los bienes que hasta hoy hubiere enajenado.

Sobre el alcance de la acción de petición de herencia y sobre sus efectos cuando en ella se sale airoso, la Corte en sentencia de 16 de diciembre de 1969 (G. J. CXXXII, pág. 261), dijo: "La petición de herencia, que compete al heredero, verdadero privado de la materialidad de ésta a merced de su ocupación por otro que se da por heredero sin serlo, es la acción que contra el último tiene el primero para que se le reconozca su derecho a la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demanda-

do se halla en posesión. Bien entendido que este aspecto restitutorio, no obstante concretarse en cosas singulares, en nada desvirtúa la categoría esencial de la acción, la que jurídicamente se refiere a una universalidad patrimonial y no a cosas singulares, que es lo que la diversifica de la acción reivindicatoria.

"Aunque de naturaleza real, por servir en su punto de llegada a la tutela del derecho real de herencia, sin el cual no se concebiría, esta acción entraña en su punto de partida un factor de especificidad personal, en cuanto por ella se discute necesariamente la calidad de heredero, ya de un modo absoluto o excluyente cuando el accionante pretende y demuestra ser heredero universal único, ya de un modo relativo o parcial, cuando admite la concurrencia del demandado como coheredero.

"Pero, debátase el uno o el otro de estos extremos, es lo cierto que al vindicar el actor su calidad de heredero con los atributos que de su vocación dimanan, lo que propugna es su posición en la herencia y, consecuencialmente, la satisfacción in integrum del interés patrimonial que en la misma le corresponde.

"No otra es la mente legislativa que penetra y da vida al Art. 1321 del C. C., cuando estatuye que 'El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños'. Norma de la cual fluye por imperativo jurídico ineluctable la conclusión de que cuanto en la órbita del patrimonio herencial hiciere el heredero putativo no liga al heredero legítimo a quien no pueden menos de serle inoponibles los actos de aquél. Por sabido se tiene que la inoponibilidad de un acto jurídico consiste precisamente en que éste, cualesquiera que sean sus condiciones intrínsecas, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno vinculante frente a quienes son extraños al mismo; res inter alios acta (Cas. 3 marzo de 1964, CVI, pág. 179). Por eso, siendo el verdadero o legítimo heredero extraño a la ocupación que de los haberes hereditarios haya hecho el putativo, los actos efectuados por éste en relación con tales haberes le son inoponibles al primero. Y de ahí también que si el putativo hubiere hecho enajenaciones de cosas hereditarias susceptibles de reivindicación, tenga derecho el heredero legítimo a tenor de lo preceptuado en el Art. 1325 ibídem, a hacer uso de la acción reivindicatoria contra los terceros en cuya posesión se hallen tales cosas, en tanto no hayan sido prescritas por ellos.

"Desde luego, el conflicto entre el heredero legítimo y el putativo se desatará sin complejidad, cuando el segundo carezca de toda vocación hereditaria a la sucesión de que se trate, pues, no siendo partícipe a título universal, tendrá que restituir íntegramente al heredero legítimo el patrimonio mortuorial de que sea poseedor, en los términos de dicho Art. 1321 del C. C.

"Pero, si tanto el actor como el demandado son herederos legítimos concurrentes, cada uno en determinada cuota de la herencia, entonces, al encontrarse poseído el acervo en su totalidad por el demandado, que lo pretende hereditariamente para sí, el demandante tendrá derecho, en virtud del propio Art. 1321, a que 'se le adjudique la herencia' en la cuota que le corresponde, esto es, a que se le reconozca su derecho en esa parte de la universalidad sucesoria y, por lo tanto, a que se verifique la partición de caudal relicto entre demandado y demandante, con arreglo a la ley, y se le entreguen a éste por aquél, con sus respectivos frutos, los bienes de la herencia que en la misma partición le sean adjudicados en pago de su cuota.

"Lo mismo se predica para la hipótesis de ser varios los coherederos demandados en acción de petición de herencia. Y, en todo caso, la adjudicación o partición que del patrimonio herencial se hubiera formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición, carece de toda fuerza contra éste, por serle inoponible, inoponibilidad en cuya virtud él está legitimado para exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia en conformidad a las normas disciplinales de esta etapa conclusiva de la indivisión sucesoria.

"Ciertamente, cuando la acción de petición de herencia se traba entre coherederos, su finalidad específica no es la de que al accionante, desalojado de la posesión de su cuota hereditaria por los otros, se le asignen determinadas cosas singulares de las adjudicadas a aquéllos o cuotas proindiviso de esas cosas singulares, apedazándose así la composición de la hijuela a que tiene derecho y producción de este mismo resultado en la estructura de las hijuelas de los demás. Sino que, en tal caso, el término de la acción es el de que al peticionario se le satisfaga, con ajuste a los preceptos rectores de la materia, su participación en la herencia sin perjuicio de los derechos de los demás herederos, resultado integral a que sólo podría llegarse mediante un acto de partición celebrado con la presencia de todos los interesados y consentido por éstos o aprobado por el juez".

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 22 de enero de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, y, en su lugar, actuando como Tribunal de instancia, revoca la sentencia de primer grado, dictada por el Juez 2º Civil del Circuito de Cartago, calendada el 18 de diciembre de 1974, y, en su lugar,

Falla:

1º Declárase no probada la excepción de prescripción de las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento, propuesta por la demandada Genoveva Guzmán de Villegas al contestar la demanda.

2º Declárase que Ligia Ramírez o Villegas viuda de González es heredera legitimaria de Pablo Villegas, en calidad de hija natural suya.

3º El testamento cerrado de Pablo Villegas, abierto y publicado ante el Juez Civil del Circuito de Cartago, protocolizado por medio de la Escritura 808 corrida ante el Notario 2º de Cartago el 29 de mayo de 1951, se reforma así:

a) Las tres cuartas partes de los bienes del testador (mitad legitimaria y cuarta de mejoras) corresponden íntegramente a Ligia Ramírez o Villegas viuda de González en su calidad de hija natural de Pablo Villegas;

b) La cuarta parte restante (cuarta de libre disposición), con cargo de pagar los legados a que se refiere la dicha memoria testamentaria, corresponde a Genoveva Guzmán de Villegas, cónyuge sobreviviente;

c) En todo lo demás rige el testamento.

5º Tiénese a Fernando Hedmont H., como cesionario del 50% de los derechos hereditarios de Ligia Ramírez o Villegas viuda de González.

6º Condénase a Genoveva Guzmán de Villegas a restituir, por partes iguales, a Ligia Ramírez o Villegas viuda de González y a Fernando Hedmont H., una vez ejecutoriada esta providencia, las tres cuartas partes de las cosas hereditarias, para lo cual, mientras se lleva a cabo el rehacimiento de la partición de bienes que adelante se ordena, poseerá juntamente con ellos, y respetando la proporción dicha, los bienes que integran el haber sucesoral de Pablo Villegas.

Por las enajenaciones y deterioros de las cosas hereditarias Genoveva Guzmán de Villegas responderá ante Ligia Ramírez o Villegas viuda de González y Fernando Hedmont H., en la proporción antes indicada, y de tal modo de dejarlos indemnes completamente.

Condénase a la misma Genoveva a pagar a Ligia Ramírez o Villegas viuda de González y a Fernando Hedmont H., los frutos de las tres cuartas partes de los bienes hereditarios y no sólo los producidos, sino los que, con mediana inteligencia y cuidado, hubieran podido producir a partir del día veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971). La liquidación de frutos se hará por el procedimiento señalado en el artículo 308 del C. de P. C.

Tanto para las prestaciones mutuas a que haya lugar, como para los demás efectos, Genoveva Guzmán de Villegas, a partir de la fecha indicada, será considerada como poseedora de mala fe.

7º Ordénase rehacer, con citación e intervención de la heredera Ligia Ramírez o Villegas viuda de González y de su cesionario Fernando Hedmont H., como está dicho en la parte motiva de esta providencia, la partición llevada a cabo dentro del pro-

ceso de sucesión testada de Pablo Villegas, aprobada por sentencia de 23 de octubre de 1951, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, registrada en la oficina de Instrumentos públicos y privados de allí el 27 del mismo octubre, en el libro de causas mortuorias, Tomo 1º, folio 155/70, partida 39 y que junto con el proceso de sucesión respectivo se protocolizó en la Notaría 2ª de Cartago bajo la Escritura 1763 de 2 de noviembre de 1951.

8º Condénase a Genoveva Guzmán de Villegas a pagar a Ligia Ramírez viuda de González las costas causadas tanto en primera como en segunda instancia.

No hay costas en casación, pues en el recurso salió triunfante la recurrente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

SEGURO DE TRANSPORTE

Póliza flotante y automática

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

(Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda)

Decídese el recurso de casación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario iniciado por Malterías Unidas S. A. frente a Seguros Comerciales Bolívar S. A., compañías anónimas domiciliadas en esta ciudad, que en adelante y para abreviar se denominarán "Malterías" y "Bolívar".

I

El litigio

1. Mediante demanda admitida el 19 de enero de 1971 por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, "Malterías" solicitó que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía y con audiencia de "Bolívar", se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) que la demandada debe pagar a la demandante el valor de la indemnización por el siniestro ocurrido, durante su transporte, de 1.375 toneladas métricas de cebada, de propiedad de ésta, amparadas en los trayectos marítimo e interior entre Francia-Puerto Ordaz-Zipaquirá por el certificado de seguro TR - 197874, del 30 de octubre de 1969, expedido con aplicación a su póliza automática de seguro de transporte TR - 3721, del 11 de septiembre de 1967, "de que era razón social asegurada CEREALES E INVERSIONES S. A. 'CEISA', según anexos números 1 y 3, emitidos el 11 de febrero y 5 de noviembre de 1969, y en virtud de la cesión hecha por ésta a MALTERIAS UNIDAS S. A., en carta número 2066, de 15 de mayo de 1969, ratificada por documento auténtico de 9 de diciembre de 1970...";

b) que, consecuencialmente, "Bolívar" debe pagarle a la demandante la cantidad de $2.752.874.75 "como indemnización absoluta por las pérdidas y daños sufridos por el cargamento precitado, amparado contra riesgos de PERDIDA TOTAL, FALTA DE ENTREGA, AVERIA PARTICULAR, SAQUEO, MERMA y ALTERACION QUIMICA por la póliza automática de seguros de transporte y el certificado de seguro mencionados en la petición" anterior;

c) que, en subsidio de la pretensión acabada de relacionar, "Bolívar" debe pagar a "Malterías" la suma que "resulte a deber como indemnización y en la cuantía que se compruebe dentro del presente juicio o en incidente posterior de liquidación, por las pérdidas y daños padecidos por el cargamento de cebada de que trata la petición PRIMERA...";

d) que la sociedad demandada debe pagar a la demandante el valor de los intereses a la tasa corriente del 2% mensual mas un 5% anual, "de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 106 de 1927 aclarado por el 3º de la Ley 89 de 1928, sobre la cantidad que resulte a deber como indemnización en los términos demandados en la anterior petición, desde el 23 de febrero, fecha en que formuló debidamente la reclamación, por no haber sido objetada ésta en oportunidad legal, hasta el día en que la entidad deudora satisfaga totalmente su pago";

e) que, en subsidio de la pretensión anterior, tales intereses deben reconocerse a

partir de los 90 días comunes o calendarios, contados desde la fecha en que se presentó la reclamación y hasta el día en que se efectúe el pago total del capital; y

f) que "Bolívar" debe pagar, además, las costas del proceso.

2. Las pretensiones anteriores las fundamenta la sociedad demandante en los siguientes hechos, que se sintetizan:

a) Entre "Malterías" y "Ceisa" (así se seguirá llamando "Cereales e Inversiones S. A."), representante en Colombia de "FINAGRAIN", Compagnie Comerciale Agricole et Financiere S. A., se celebró el 18 de julio de 1969 un contrato en virtud del cual la segunda se comprometió a adquirir para la primera, despachar y transportar 1.375 toneladas métricas de cebada con las especificaciones que se detallaron en la cláusula segunda, así como también a "contratar su transporte marítimo en el trayecto comprendido entre Francia y Ciudad Bolívar (Venezuela)"; y, posteriormente, a "recibir, descargar, transbordar, envasar, ordenar el transporte fluvial y terrestre", despachar y entregar la mercancía en los depósitos de "Malterías" en Zipaquirá, tomando el seguro correspondiente, pagando por cuenta de ésta las primas y amparándola contra los riesgos de "pérdida total, avería particular, guerra, pérdidas por saqueo y alteración química de los componentes", contrato este que fue conocido por "Bolívar" al asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en él por "Ceisa" en póliza fechada el 3 de septiembre de 1969, operaciones todas aquellas que amparaba la póliza automática de seguro número TR - 3721, expedida por "Bolívar" el 11 de septiembre de 1967 y que, en virtud de traspasos sucesivos, quedó en cabeza de "Ceisa" que, en Carta del 7 de julio de 1969, distinguida con el número S-591, dirigida a la asegurada por el jefe de análisis de "Bolívar", amparó también los riesgos por "alteración química", entre otros. La premencionada póliza contempla los siguientes bienes, riesgos, trayectos y sumas:

(I) Mercancías: cereales a granel e importación de otras clases de productos;

(II) Riesgos: los anteriormente expresados; pérdida total, avería particular y mermas, pudiendo los asegurados "informar a la compañía de riesgos adicionales que deseen tomar de acuerdo con las especificaciones de los respectivos contratos";

(III) Trayectos: "desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país";

(IV) Sumas: "Trayecto marítimo: valor de la factura, más gastos, más fletes, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos"; y "Seguro en el trayecto interior: el mismo valor asegurado en el trayecto marítimo, más derechos de aduanas, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos". Es decir, se aseguró la mercancía por el valor de costo, tal como él está definido contablemente.

b) En cumplimiento del contrato en referencia, "Ceisa" se dirigió al Instituto de Mercadeo Agropecuario, "IDEMA", "entidad a la cual está reservada la importación de cereales a Colombia", solicitándole que efectuara la importación para "Malterías" de la cebada atrás dicha; petición que fue presentada debidamente el 24 de julio de 1969 por "Idema" a "INCOMEX", que la aprobó por el valor de US $85.940.00 el 31 del mismo mes, bajo el número 051.

c) "Ceisa" avisó a "Bolívar" de su disposición de adquirir y movilizar el cargamento de cebada a despachar desde Francia, "señalando expresamente las contigencias de varios transbordos durante los trayectos marítimo e interior" de aquel país hasta Zipaquirá, otorgándole "Bolívar" el amparo específico solicitado con aplicación a la póliza TR - 3721", según la comunicación S-591 mencionada anteriormente; y, en cumplimiento de su contrato de seguro, "definió los trayectos de movilización" de la cebada así: marítimo, de Rouen, Francia, a Puerto Ordaz, Venezuela, que se llevaría a cabo en la motonave "IMATACA", de bandera peruana, especialmente al efecto, que partió del Puerto de embarque el 25 de julio de 1969 y que culminó su viaje el 6 de septiembre siguiente; e interior de Puerto Ordaz a Ciudad Bolívar, Puerto Carreño y Puerto López, en diversas naves y remolcadores fluviales y de este último sitio a Zipaquirá en camiones de propiedad de distintas empresas, efectuándose la nacionalización de la mercancía en la ciudad últimamente mencionada por carecer Puerto Carreño, en donde se había previsto, de servicios aduaneros.

d) Iniciado el transporte de la cebada, desconociéndose tanto por la aseguradora como por la Asociación Colombiana de Compañías de Seguro (Asecolda) la antedicha ruta, a solicitud de "Ceisa" la aseguradora expidió el contrato individualizado de seguro número TR - 197874, fechado el 30 de octubre de 1969 pero haciendo referencia al 17 de julio del mismo año, "como aplicación 028 de su póliza automática de seguros de transporte Nº TR-3721", fijando las siguientes sumas y tasas provisionales "por tratarse de rutas marítimas y fluviales nuevas": Francia -Puerto Ordaz $3.430.265.00 con prima de 0.43%; Puerto Ordaz - Zipaquirá, $ 3.708.624.00 con prima de 5.30%, lo que arrojó un total, incluidos los timbres, de $ 215.534.22, que le fueron cubiertos a "Bolívar" por "Malterías", a través de "Ceisa", el 30 de octubre y el 23 de diciembre de 1969; y tan solo el 15 de abril de 1970 "Asecolda" fijó las tasas definitivas, con aprobación de la Superintendencia Bancaria, que aplicaba a las sumas antes indicadas, que no variaron, dieron un total de $442.654.99, como que la correspondiente al primer trayecto pasó al 0.62% y la del segundo al 11.24%, lo que además imponía un reajuste del valor asegurado, que "Malterías" solicitó a "Bolívar" y el cual ascendió entonces a $ 5.265.132.60, que no fue aceptada por ésta.

e) La cebada despachada de Francia reunía al tiempo de su embarque las condiciones pactadas entre "Malterías" y "Ceisa", como consta en las facturas comercial y consular, en el conocimiento de embarque, en el certificado de origen, en el fitosanitario expedido por el Ministerio Francés de Agricultura, y en los de calidad, condición y peso emitidos por la "Societe Generale de Surveillance S. A."; pero al llegar a la planta de "Malterías" se constató por sus expertos que sufría "alteraciones químicas que la imposibilitaba para el malteo", lo que fue comunicado por ésta a "Ceisa", para que presentara el reclamo correspondiente, petición cumplida por medio de la carta número 906, reiterada mediante la 990, del 23 de febrero de 1970, que le fue contestada por "Bolívar" informándole que había comisionado a "W. Moller & Cia. Ltda." para que atendiera y definiera el problema. En tal virtud, "Malterías" y "Ceisa" pusieron a disposición de esa compañía ajustadora todos los documentos necesarios para el cumplimiento de su encargo; y luego de comprobar el siniestro con concepto del químico cuyos servicios contrató, doctor Mario Ospina Melo, estableció "el volumen del cereal que podría ser aprovechado como salvamento para forrajes o alimentos animales", que le fue vendido, con aprobación de "Bolívar", a "Raza S. A." en $ 1.740.056.00, que se le entregaron a "Malterías" a buena cuenta de la indemnización que reclamaba.

f) Cumplidos su encargo, "Ceisa" hizo cesión de sus derechos indemnizatorios a "Malterías", comunicándoselo así a "Bolívar" en carta número 2055, del 15 de mayo de 1970, "ratificada con la suscripción del documento auténtico" del 9 del mismo mes; y la cesionaria, una vez conocido "el valor de costo de la mercancía y determinarse por Asecolda las tasas definitivas", solicitó a "Bolívar" la "expedición del seguro aumentando los valores asegurados a $5.265.132.60, cuya prima adicional correrá a cargo nuestro", sin resultado satisfactorio para la asegurada.

g) La compañía ajustadora concluyó su trabajo fijando "los valores costeables del cargamento siniestrado y el establecimiento de las pérdidas" en $3.651.321.66, notificándoselo a "Ceisa" y pidiéndole su conformidad; y ésta le manifestó que "encontramos correctas las cifras que Uds. indican, pero es necesario adicionar los intereses, gastos de apertura del crédito y bodegajes causados en Tibitó, así como el 10% de imprevistos", razón por la cual se reunieron representantes de "Moller", "Bolívar" y "Malterías", determinando la cifra de $4.554.358.38. Entonces, la última de las sociedades mencionadas se dirigió nuevamente a "Bolívar" en demanda del pago de tal indemnización, haciendo un ajuste final que, teniendo en cuenta lo recibido de "Raza S. A." montó $2.752.874.75 que la requerida no ha pagado, "manteniendo expresamente su reticencia a hacerlo hasta la fecha de la presente demanda".

h) "Encontrándose en mora de satisfacer el pago de los seguros expresos en su certificado de seguros TR - 197874 y en su póliza automática de transportes TR - 3721, Seguros Bolívar debe adicionalmente pa-

gar a MALTERIAS UNIDAS S. A. como propietaria de la cebada asegurada y cesionaria de los beneficios indemnizatorios reclamados, intereses del DOS POR CIENTO (2%) MENSUAL, estatuidos como tasa corriente acumulada por los artículos 23 del Decreto 1598 y 41 del Decreto 2059 de 1968 y las Resoluciones 51 y 58 de la Junta Monetaria, más un CINCO POR CIENTO (5%) anual, computados a partir del 23 de febrero de 1970, fecha de la reclamación, hasta el instante en que se satisfaga el pago de la indemnización, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 105 de 1927".

3. Notificado a la demandada el auto admisorio de la demanda, le dio a ésta oportuna contestación negando unos hechos, manifestando no constarle otros y respecto de los restantes diciendo estarse a lo que se probara en el proceso. Además, presentó contrademanda, corregida posteriormente, en la que solicitó:

a) que se decretase la nulidad del contrato de seguro contenido en el certificado de seguro número TR - 197874, del 30 de octubre de 1969;

b) que, en subsidio, se reconociese la rescisión del mismo contrato;

c) que, "en subsidio de la anterior, se decrete la resolución o terminación del citado contrato";

d) que, también en subsidio "de la anterior declaración y para el caso improbable de que en el juicio en el cual se ha presentado la presente demanda de reconvención se condenara a pagar el valor del seguro, contenido en el certificado número 197874, expedido en aplicación Nº 28 a la póliza de transporte TR - 3721, haciendo el prorrateo del caso entre el valor asegurador y el valor real de costo del cargamento de cebada amparado por ese mismo certificado, solicitó que se condene entonces a Malterías Unidas S. A. a pagar a Seguros Comerciales Bolívar S. A. la diferencia entre el valor de la prima pagada por esa entidad cuando se le expidió el certificado y el valor fijado como prima por Asecolda para el trayecto interior en ese certificado asegurado, más los correspondientes intereses"; y

e) que "en subsidio de la petición principal y para el caso de que se llegare a condenar en el mismo juicio a que se hace referencia en el aparte anterior a seguros comerciales Bolívar S. A. a pagar el valor total del costo real del cargamento, sin hacer el prorrateo en ese mismo aparte indicando, entonces solicitó que se condene a Malterías Unidas S. A. a pagar el valor de la prima que hubiere correspondido al valor total de los costos reales de dicho cargamento, más los correspondientes intereses".

4. Como hechos constitutivos de su causa petendi, señaló la contrademandante los siguientes, que se resumen:

a) "Bolívar" celebró el 11 de septiembre de 1967 un contrato de seguro automático de transporte que, por medio de sucesivos anexos, se radicó en cabeza de "Ceisa" como asegurada. Según la póliza correspondiente, en ella se comprendían condiciones generales, particulares y especiales, primando éstas sobre las segundas y éstas sobre las primeras. Entre las condiciones particulares se destacan las siguientes:

(I) La póliza sirve de prueba legal del seguro y ampara automáticamente las mercancías contra los riesgos y en los trayectos en ella previstas.

(II) La suma asegurada para el trayecto marítimo se determina agregando el valor de la factura los gastos, fletes marítimos, prima de seguro y 10% para imprevistos; y para el trayecto interior, se adiciona esa cantidad con el monto de los derechos de aduana, las primas de seguro y el 10% de imprevistos.

(III) El término de duración del contrato es indefinido, pero los contratantes pueden cancelarlo "mediante aviso escrito con 30 días de anticipación".

(IV) Durante la vigencia de la póliza, el asegurado no puede contratar seguros de transporte con otras compañías, ni exceptuar ningún despacho cuyo amparo se haya pactado en ella.

(V) La omisión de la declaración de un despacho conocido por el asegurado y amparado por la póliza, o la cesión del mismo a otra compañía, invalidará la condición automática.

(VI) El asegurado debe las primas de los seguros, avisados o no, en este último caso cuando los despachos no sean conocidos por él; debiendo, por otra parte, dar instrucciones a sus despachadores a fin de que notifiquen anticipadamente a la compañía aseguradora los respectivos envíos, para

que ésta expida el certificado de seguro correspondiente.

(VII) La prima es la que aparezca señalada en el certificado últimamente mencionado, que se considera aceptada por el asegurado, así como también los datos y condiciones en él estipulados, rescindiéndose la póliza por el no pago al contado de su valor.

b) El asegurado no cumplió con su obligación de declarar los cargamentos por los valores a que hace referencia el numeral (II) anterior, pues para el trayecto marítimo denunció el de $3.430.265.00 y para el interior el de $3.708.640.00, estableciéndolo, con motivo de este proceso, en $5.206. 087.85. "De suerte que aseguró el citado cargamento alrededor de $1.300.000.00 menos de lo que valía", con lo cual dejó de pagar a la compañía aseguradora las primas correspondientes. Por otra parte, según la cláusula quinta de la Póliza TR - 3721, ésta se rescinde y la aseguradora dará por terminado el contrato, sin asumir "ninguno de los riesgos estimados en el mismo", cuando los "intereses asegurados" se demoran más de 30 días "en cualquier punto de cargue, descargue o transbordo, a menos que el asegurado solicite con anterioridad al vencimiento de dicho plazo la revalidación correspondiente y pague la prima adicional". Ahora bien: el "interés" se descargó en Ciudad Bolívar, lugar de transbordo, el 6 de septiembre de 1969, habiendo permanecido allí más de 30 días, excepción hecha de 337.280 kilos, "parte a la intemperie y parte en bodegas pues por no haber empleado el asegurado la diligencia y cuidado debidos, no fue empacada y cargada con la necesaria prontitud", sin que la asegurada hubiese solicitado la revalidación de la póliza, que es un nuevo contrato de seguro, "sujeto a las mismas condiciones del original".

c) La cebada despachada de Francia llegó a Puerto Ordaz el 1º de septiembre de 1969 y a Tibitó (Zipaquirá) entre el 29 de ese mes y el 5 de enero de 1970; es decir, que la mayor parte de ella permaneció en aquel puerto por más de 30 días, habiéndose tomado el seguro el 30 de octubre de 1969, cuando ya había ocurrido el siniestro, ya que la asegurada se esperó la llegada de la mercancía a las bodegas de "Malterías", siendo entonces reticente en suministrar a "Bolívar", con sinceridad, todas las circunstancias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos, como lo establece el artículo 680 del C. C. (sic). Además, el seguro amparó "el trayecto marítimo Francia - Puerto Ordaz y el transporte por vía terrestre de esta última población a Zipaquirá", efectuándose éste por un medio diferente, "fluvial por el río Orinoco", modificándose así el contrato sin "las mismas solemnidades con que se formó", desobedeciéndose y violando en consecuencia los mandatos de los artículos 1602, 1613 y 1546 C. C. y los preceptos 645, 680 y 681 del C. de Co., optando "Bolívar" por demandar "la resolución del contrato contenido en el citado certificado de seguro número TR - 197874, con indemnización de perjuicios"; el cual, por lo demás, es nulo porque el 30 de octubre de 1969, fecha de su expedición, la mercancía amparada con él "había corrido los riesgos y perecido en ellos".

d) La mayor parte del cargamento de cebada, como ya se dijo, permaneció en Ciudad Bolívar, lugar húmedo y lluvioso, por más de 30 días, sin que el asegurado hubiera revalidado el certificado, pagado la prima adicional e informado a "Bolívar" que "había corrido los riesgos y perecido en ellos", efectuando la declaración, para los efectos de la expedición del certificado número 197874, de 30 de octubre de 1969, tardíamente; por lo cual, y de acuerdo con la póliza automática, ésta se había rescindido. Por lo demás, la cebada había perdido su poder de germinación, que cuando se embarcó en Rouen era normal (05%), desde antes de la expedición de este certificado, como lo demuestran los exámenes químicos que le fueron practicados, el diario de navegación del remolcador que la recogió en Ciudad Bolívar para su transporte hasta Puerto López y el contrato de Transporte celebrado entre "Ceisa" y la Empresa Nacional de Navegación (Navenal).

e) En la demanda introductoria del proceso, "Malterías" dice —respaldada en los certificados expedidos por las autoridades Francesas respectivas— que la cebada despachada en Rouen tenía las condiciones adecuadas para su transformación en malta; pero el químico Mario Ospina Melo, cuyos servicios contrató la compañía ajustado-

ra del siniestro, es de parecer que el daño "bien pudo" provenir de efectos iniciales de secamiento. En todo caso, como la asegurada no declaró el embarque a la aseguradora en el momento en que se hizo sino mucho tiempo después, "ha debido también presentar un certificado fitosanitario de la cebada en el momento de tomar el seguro", lo que no hizo.

f) La póliza automática número TR - 37 21, el certificado TR - 197874 y los artículos 680 y 681 del C. de Co., obligan al asegurado a cuidar de la mercancía con el celo propio de un buen padre de familia: deber este que no cumplió "Ceisa" que, para entonces, no había cedido aún sus derechos de reclamación a "Malterías", pues la abandonó "en forma inexplicable, como quiera que ha debido tener listos en dicha Ciudad (Bolívar) las gabarras y los remolcadores que fueron necesarios para despachar, con la prontitud que era necesaria, la cebada descargada allí del vapor Imataca y no lo hizo".

5. Notificado que fue debidamente a la contrademandada el auto admisorio de la demanda de mutua petición, la contestó en su oportunidad aceptando unos hechos, aclarando otros y negando los demás, manifestando lo siguiente en cuanto a las pretensiones formuladas:

"Fundado en las consideraciones y hechos precedentes, en mi condición de apoderado de MALTERIAS UNIDAS S. A., sociedad domiciliada en Bogotá, condición aceptada y reconocida en autos, dejo contestada la demanda de reconvención corregida propuesta por SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S. A. y PIDO al señor Juez, con todo acatamiento, se nieguen las PETICIONES PRINCIPAL y PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA SUBSIDIARIAS de la aludida demanda. En cambio, pido que se acceda a la PETICION CUARTA SUBSIDIARIA, última de la demanda de reconvención, condenando a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR a pagar a MALTERIAS UNIDAS S. A. 'el valor total del cargamento', sin hacer el prorrateo en ese mismo aparte indicado, según lo solicita textualmente el doctor... en su petición, pago adicionado, naturalmente, con la condena en intereses sobre la indemnización resultante a cargo del asegurador, computados a la tasa señalada en el Art. 25 de la Ley 105 de 1927. Obviamente, esta condena se hará bajo la obligación de MALTERIAS UNIDAS S. A. ya formalmente reconocida, de cubrir el excedente de primas sobre el valor asegurado resultante de dicha liquidación, en el instante mismo en que SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR está dispuesta a recibir el pago emitiendo el documento de amparo correspondiente, que ha estado en mora de extender, obligación que no puede agravarse con intereses a cargo de mi poderdante quien jamás ha sido renuente a su satisfacción".

6. Adelantado debidamente el proceso, producidas las muchas pruebas solicitadas por ambas partes, quienes generosamente alegaron de conclusión, el juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia del proceso mediante sentencia del 16 de julio de 1975, en la que dispuso lo siguiente:

a) Negar tanto la declaratoria de nulidad como la rescisión y la resolución del contrato contenido en el certificado de seguro número TR - 197874, de 30 de octubre de 1969, por las razones anotadas en la parte motiva de su providencia.

b) Negar también el prorrateo solicitado en la petición tercera subsidiaria de la demanda de reconvención.

c) CONDENAR a la "sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S. A. a pagar a la sociedad MALTERIAS UNIDAS S. A. la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS CON CATORCE CENTAVOS ($ 2.617.158.14) como indemnización por el siniestro ocurrido, durante su transporte, a UN MIL TRESCIENTAS SETENTA Y CINCO (1.375) toneladas métricas de cebada provenientes de Francia amparadas por el certificado de seguro numero TR - 197874 de 30 de octubre de 1969, con aplicación a la póliza de seguros de transporte número TR - 3721 de 11 de septiembre de 1967", así como también a los intereses corrientes sobre esta suma, más el 5% anual, a partir de los 90 días siguientes a la reclamación y hasta la fecha del pago.

d) CONDENAR a la sociedad MALTERIAS UNIDAS S. A. a pagar a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S. A. el valor de la prima, sin interés alguno, correspon-

diente al valor total real asegurable establecido en este proceso".

e) CONDENAR a la "sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S. A. a pagar las costas del proceso. Tásense".

Contra esta providencia se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá falló en el sentido de confirmarla por medio de su sentencia del 15 de noviembre de 1976. Entonces, la misma parte elevó el de casación de que ahora se ocupa la Corte.

III

La sentencia impugnada

7. Partiendo de la base de que las normas legales que deben atenderse son las del anterior Código de Comercio terrestre, por así ordenarlo el artículo 2036 del Decreto extraordinario 410 de 1971, vigente desde el 1º de enero de 1972, dice el fallador que el contrato de seguro se demuestra con la denominada "póliza", que bien puede constar en escritura pública o privada, cuyas cláusulas generales pueden modificarse por acuerdo de las partes y por escrito, denominándose tales modificaciones "certificados". Y agrega: tanto la póliza como el certificado están demostrados en el proceso y, por otra parte, la demandada no las discute; "si se opone al pago que de ella se demanda, no es por faltar la póliza o el certificado".

Haciendo notar que las "súplicas se fundan, según los hechos atrás indicados, en la existencia de la póliza automática TR - 3721 y en el certificado de seguro de transporte expedido en aplicación de ella TR - 197874 que, según la demandante, protegió su cebada en el transporte de Francia hasta Zipaquirá contra los riesgos de pérdida total, avería particualr, falta de entrega, robo, (saqueo) y alteración química no causada por vicio propio, riesgos de los cuales sufrió la cebada en 1.375 toneladas métricas en el trayecto interior que se inició en Puerto Ordaz a Ciudad Bolívar, los de falta de entrega y alteración química", dice el sentenciador que, para adoptar la decisión que de la justicia se demanda, deben estudiarse y precisarse estos tres aspectos: a) existencia de la póliza y del certificado mencionados; b) ocurrencia del riesgo que el demandante afirma que sufrió la cebada de su propiedad; y c) si tal riesgo estaba, si o no, amparado por los mencionados certificados y póliza. Emprende, entonces, el estudio de estas tres cuestiones, así:

a) **Póliza automática y certificado.** El anterior Código de Comercio —afirma el *ad quem*— no definió la comúnmente llamada póliza automática, como sí lo hace el actual en su artículo 1050. TAL silencio —agrega— fue llenado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la que en su sentencia del 15 de julio de 1927 (T. XXXIV, 243) dijo:

"Era muy dispendioso para los comerciantes tener que pactar un contrato de seguros cada vez que quieren hacer un despacho de mercancías u otros objetos expuestos a sufrir averías o pérdidas totales o parciales durante la travesía por tierra, mares o ríos, y para obviar ese inconveniente, y facilitar y acrecentar el tráfico, se ideó la póliza flotante o póliza de abono para asegurar todos los despachos de mercancías y otros objetos asegurables que un comerciante expida en varios meses o años, según el tiempo estipulado, gracias a los cuales los negociantes que reciben o exportan mercancías no tienen el temor de ser sorprendidos por el anuncio de un siniestro antes de que hubieran podido contratar un seguro.

"Estas pólizas cubren las mercancías que despachan durante el tiempo de la póliza, siempre que la aplicación que se haga a la póliza general esté dentro de las condiciones generales estipuladas en la póliza primitiva, pues si la aplicación variase alguna o algunas de las estipulaciones primitivas, no obliga al asegurador sino desde la aceptación de la aplicación por parte del asegurador, previo aviso del asegurado".

Las denominadas por la Corte "pólizas flotantes" contienen, pues, las condiciones generales —dice el Tribunal— "sacadas de los principios del derecho mercantil en cuanto no pugnaran con reglas del código ni con estipulaciones contractuales, por no haber reglamentación promulgada al respecto", incluyéndose en ellos las conocidas como "pólizas automáticas" que se caracterizan porque la cobertura comprende grupos de objetos o de intereses de la mis-

ma especie que varían frecuentemente por entrega y retiros, citando al expositor Antonio Mejía Jaramillo, quien agrega:

"De tal manera se presentan las cosas en el seguro automático de transporte; cuando se contrata, el asegurador responde uno o varios riesgos, según se convenga, como pérdida total, falta de entrega, avería particular o saqueo, que sufran los cargamentos en que posea o pueda llegar a poseer algún interés económico el asegurado y su responsabilidad se extiende, como es natural, a todo el tiempo de vigencia del contrato. El asegurado primero ordena al despachador el traslado de las mercancías, fabricadas generalmente con posterioridad a la expedición del seguro y luego declara al asegurador los distintos despachos efectuados durante determiando período. Es ésta su obligación".

Aplicando los principios anteriores, dice el Tribunal que "en este asunto la demandante acompañó con la demanda la citada póliza TR - 3721 del 11 de septiembre de 1967 (fols. 20, 20 v., 24 y 24 v. c-1), más los anexos de 11 de febrero de 1969, de 4 de junio de 1969, de 5 de noviembre de 1969 y de 10 de junio de 1970 (fols. 21, 22, 23 y 25 c-1), de las que se deduce que desde el 7 de febrero de 1969 Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa' fue asegurada por Seguros Comerciales Bolívar en la importación de diferentes clases de productos contra los riesgos allí especificados pero pudiendo extender la protección a otros en cuanto lo avisara a la aseguradora, protección que duró hasta cuando éste dio por terminado el contrato el 10 de junio de 1970. Existía, pues, desde el citado 7 de febrero de 1969 y hasta el 10 de junio de 1970 un seguro de transportes a favor de 'Ceisa' y dado por Seguros Comerciales 'Bolívar', que amparaba cereales a granel y por el anexo de 4 de junio de 1969 extendido a diferentes clases de productos desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país, contra los riesgos de pérdida total, avería particular y merma. Si ocasionalmente el asegurado quisiere tomar riesgos adicionales podría informarlo para hacerlo conforme a las especificaciones del caso particular. Según el literal f) de las condiciones particulares la omisión del asegurado en declarar un despacho por él conocido o la cesión del seguro a otra compañía, 'invalidará la condición automática de esta póliza' (fol. 20 c-1). De suerte que según lo atrás expuesto, 'Ceisa' estaba amparada contra los riesgos especificados en la póliza y contra los que adicionalmente solicitare, de todos los productos por ella movilizados desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país, en cuanto la movilización la hiciere entre el 7 de febrero de 1969 y el 10 de junio de 1970".

El sentenciador continúa diciendo que "Ceisa" debía avisar a "Bolívar" de cada despacho que habría de quedar amparado con la póliza general, anticipadamente, aviso éste que no necesariamente debía darse por escrito porque a ello no se obligó en el contrato.

Para el Tribunal, pues, "existen la póliza y el certificado" sobre que versa el problema.

b) Ocurrencia del riesgo. "Ceisa", empieza diciendo el fallador, estaba asegurada por "Bolívar" contra los riesgos determinados en la póliza automática y en el certificado expedido con aplicación a ella, acaecidos en los trayectos marítimo o interior, siempre que se sucediesen en el período comprendido entre el 7 de febrero de 1969 y el 10 de junio de 1970. Evidentemente, como se dijo, la compañía asegurada estaba obligada a informar o avisar a "Bolívar" los embarques que fuera haciendo; y para el caso del pleito deba concluirse que lo dio, porque así se deduce de la carta del 7 de julio de 1969, "que no fue desconocida siquiera por la demandada porque, como lo notó la demandante en su alegato de alzada, ese escrito no se producía sino a petición del interesado, no por iniciativa de la aseguradora, y del certificado TR - 197874, del 30 de octubre de 1969, que se refirió al cargamento de cebada transportada por el vapor Imataca, cuyo trayecto sería Francia - Puerto Ordaz - Zipaquirá, certificado emitido con aplicación 28 de la mentada póliza, donde se indican las sumas aseguradas, el valor de las primas, advirtiendo que las tasas de éstas eran provisionales; se mencionaron 1575 toneladas de cebada, empaque 'al granel- sacos' (fol. 26 idem) y se remitió al 17 de julio de 1969. Luego si la compañía no tenía conocimiento exacto, como lo ha venido alegando, del cargamento ni del trayecto que seguiría, no hay explicación

de su conducta para expedir un certificado en aplicación a una póliza automática en vigor dando protección desde el 17 de julio para 1.575 toneladas de cebada francesa que el asegurado 'Ceisa', movilizaría desde Francia hasta Puerto Ordaz y de aquí a Zipaquirá. La explicación para que haya emitido la carta del 7 de julio y el certificado del 30 de octubre con vigor al 17 de julio, no puede ser otra que la de que 'Ceisa' le dio aviso del embarque. Es verdad que no hay prueba documental de que lo haya dado, pero conforme a la propia póliza no estaba obligada a darlo por escrito. Y es de notar que la aseguradora no ha negado enfáticamente que se le haya dado el dicho aviso. Ha exigido que fuera por escrito, mas no que no se le hubiera dado.

"De suerte que el transporte de las citadas 1.575 toneladas de cebada francesa quedó protegido por la póliza TR - 3721 y su certificado TR - 197874".

Se discute —agrega el fallador— si el riesgo amparado era solamente el contemplado en la póliza automática TR - 3721, del 11 de septiembre de 1967, o sea el de "pérdida total, avería particular y merma", o si comprendía también los adicionales previstos en el certificado TR - 197874, del 30 de octubre de 1969, que abarcaba el de "alteración química" de la cebada, riesgo este a que también se refirió la carta del 7 de julio de 1969, dirigida por el jefe de análisis de "Bolívar" a "Ceisa", reconocida por el firmante. Sobre el particular, dice el Tribunal:

"La autenticidad del certificado TR - 197-874, como la de la carta de 7 de julio de 1969, y en general de todos los documentos como lo expresaron los apoderados en el nombrado escrito de 27 de junio de 1972, no ha sido discutida. Luego el certificado expresa la voluntad de la aseguradora, lo que significa que en aplicación de la póliza automática vigente a favor de 'Ceisa', se le quiso proteger específicamente al cargamento de 1.575 toneladas francesas en los trayectos allí indicados, por las sumas asimismo señaladas, y contra los riesgos adicionales claramente determinados. Por consiguiente, es cierto también que esa cebada quedó protegida además contra los riesgos descritos en el varias veces citado certificado.

"Del conjunto probatorio, particularmente de los documentos expedidos por la compañía W. Moller & Cia. Ltda., de los informes dados por los técnicos químicos, se desprende que la cebada, en una cantidad de 1.375 toneladas, sufrió el riesgo de alteración química, daño no proveniente por vicio propio, como los mismos técnicos dijeron, sino causado por factores externos especialmente aquí aguas lluvias, altas temperaturas, gran humedad, mal almacenamiento, daño que sufrió después de ser embarcada en Rouen puesto que fuera de que no se niega, está demostrado documentalmente que de ese puerto salió con las características exigidas en el contrato que celebraron Malterías Unidas S. A. y 'Ceisa', y que la aseguradora conoció para asegurar el cumplimiento de la segunda. Es decir, que el riesgo ocurrió en el trayecto asegurado. No está demostrado de manera incontrovertible que los factores causantes hayan sucedido en el trayecto marítimo o en el interior. Pero como los técnicos dijeron y como se colige de las notas de embarque fluviales, la lógica indica, por los rastros encontrados y por la ausencia de otros no vistos, que los factores se presentaron en el trayecto interior. O con otras palabras, desde cuando terminó el trayecto marítimo. Es decir, que durante el curso de éste no se presentó hecho que indujera al riesgo. Empero, que hubiera ocurrido en el trayecto marítimo o en el interior, es lo cierto que se presentó bajo la vigencia del seguro y si alguna incidencia tuviera para efectos del valor de la indemnización, ésta se estableció procesalmente por peritos. Lo cierto, entonces, es que ocurrió un riesgo asumido por la demandada; que se estableció el valor del daño; que la demandante, no solamente por la cesión que expresamente se le hizo, sino porque era la propietaria de la mercancía que asumió los gastos correspondientes, es la titular del derecho personal cuya obligación correlativa está a cargo de la demandada".

c) Amparo del riesgo por la demandada. Para el Tribunal, la aseguradora estaba obligada a ese amparo hasta la llegada de la mercancía asegurada a su destino final

de Zipaquirá, partiendo de Rouen; es decir, "desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del País", como se estipuló en la póliza TR - 3721, conclusión que deduce de estas consideraciones:

"El trayecto asegurado fue marítimo y terrestre. El primero, según la póliza, terminaba al ser nacionalizada la mercancía, o con el pago de los derechos de aduana, o al vencimiento de 30 días contados desde la media noche del día en que las mercancías se descargaran totalmente del buque de mar en el último puerto marítimo. Cualquiera de estos hechos le ponía fin al seguro marítimo, el primero que ocurriera (literal a) de la cláusula 10 de condiciones generales, fol 26 v., c-1). Según los documentos aportados, notando que a pesar de que en el alegato de alzada la demandada desconoce documentos expedidos por autoridades venezolanas, como los había desconocido al contestar la demanda, en escrito conjunto con la demandante, presentado el 27 de junio de 1972, pidió que se tuvieran como auténticos todos los documentos aportados, provenieran de las partes o de terceros, fueran originales o en copias (fols. 178 y 178 v., c-2), de los documentos aportados, pues, se desprende con certeza que las 1575 toneladas de cebada francesa desembarcaron totalmente en Puerto Ordaz antes del 10 de junio de 1970, fecha en la cual terminó la protección dada por la póliza. Con el transbordo obligado en Ciudad Bolívar principió el seguro interior que, según la póliza, estaría en vigor hasta llegar las mercancías al lugar de destino final (literal b) de la cláusula 10ª de condiciones generales, fol 28 v., c-1). Del conjunto documental, como de lo visto en los libros exhibidos y del dicho de los testigos, aparece también con seguridad que el lugar de destino final de la mencionada cebada era Zipaquirá y que su llegada ocurrió igualmente antes del citado 10 de junio de 1970.

"Se concluye de lo expuesto que las 1575 toneladas de cebada francesa que 'Ceisa' movilizó desde Francia hasta Puerto Ordaz y de aquí a Zipaquirá después del 7 de febrero de 1969 pero antes del 10 de junio de 1970, quedó amparada por la póliza automática TR - 3721 y su certificado TR - 197874".

8. Pasa luego el Tribunal al examen de lo dicho por la sociedad demandada, en cuanto a la ineficacia del certificado TR - 197874, que la hace derivar de: a) que ocultó el valor real de las cosas aseguradas, contrariando su obligación de denunciarlo con certeza, procediendo así de manera dolosa y por tanto, originando la nulidad del contrato; y b) que ocultó también, para obtener tal certificado, que para el 28 de octubre de 1969 habían llegado ya a Zipaquirá los tres primeros lotes de cebada y el resto llevaba más de 30 días demorado en Ciudad Bolívar.

En cuanto a lo primero, recuerda el fallador que, como lo decía el artículo 8º de la Ley 27 de 1888, el valor asegurable sería el que tuvieran las mercancías en el lugar de embarque, incluyendo los desembolsos ocasionados para ponerlas a bordo, el costo del seguro, los fletes y los gastos efectuados durante el viaje, agregando: "como en el propio certificado citado se advirtió, las tazas de las primas eran provisionales. Luego el valor que 'Ceisa' le declaró a Seguros Comerciales Bolívar para que ésta emitiera su citada carta del 7 de julio de 1969 y posteriormente expidiera el mentado certificado, fue lo que realmente podía declarar en ese momento como valor asegurable de las 1.575 toneladas de cebada francesa. Está demostrado que la ruta del trayecto interior no era suficientemente conocida, por lo que la propia aseguradora no tenía tarifas para primas de ese tipo de seguros. Luego el valor que para ese trayecto declaró Ceisa como de $3.708.640.00, no significaba, cuando solicitó el reajuste a $5.275.132.60, que estuviera declarado por $1.320.371.77 menos como lo dijo la demandada al contestar en particular el hecho 16º, porque allí mismo lo dice la prima fue fijada por Asecolda por $227.120.00 y si en el valor asegurable se incluían el valor del seguro y fletes y gastos, éstos vinieron a determinarse con seguridad posteriormente. La aseguradora sabía. pues, que por esa ruta no se conocían con precisión los valores. Por eso, se repite, no tenía tarifas de primas. Luego el amparo que otorgó no lo fue creyendo que lo declarado por Ceisa eran los valores definitivos, sabía que eran los conocidos y si la tarifa de la prima fue provisional, se debía precisamente al desconocimiento de precios

exactos. Por consiguiente, el consentimiento no fue errado pues no lo dio por habérsele ocultado maliciosamente datos sobre valores".

Y en lo que hace a lo segundo, así se expresa: "Como lo dice la demandante en su alegato de apelación, no puede tomarse aisladamente el certifcado, porque aunque él concreta en cada caso particular el cargamento, su valor, trayecto y demás circunstancias particularizantes, en este asunto existía vigente la póliza automática y la manifestación de la aseguradora en su carta nombrada del 7 de julio, todo lo cual, apreciado en conjunto, como corresponde, da pie para deducir que el amparo no se otorgó cuando ya la mercancía había sufrido el riesgo. De un lado estaba en vigor ya la póliza automática y de otro la aseguradora expresó su consentimiento de proteger el cargamento que movilizaría Ceisa en el vapor Imataca el 17 de julio, o sea cuando la mercancía no había aún iniciado el viaje. El certificado no más que la concresión del consentimiento general dado en la póliza y la formalización del expresado el 7 de julio".

De todo lo cual deduce que la objeción de "ineficacia del certificado no pueda prosperar".

9. Entra luego al estudio de la contrademanda, analizando cada una de sus pretensiones en la siguiente forma:

a) Nulidad del contrato de seguro contenido en la póliza TR - 197874. Advirtiendo que la contrademandante "no indicó cuál el motivo de invalidez absoluta del contrato, distinto al que configuró en haber corrido el riesgo la mercancía cuando el certificado se expidió como lo preveía el artículo 646 del C. de Co.," dice que al tenor de tal disposición "el contrato nulo de pleno derecho es aquél que tenga por objeto cosas que no reúnen todas las condiciones expresadas en el aparte primero del mismo artículo, esto es las que no existan al tiempo del contrato; o que al tiempo en que principien los riesgos por cuenta del asegurador no tengan un valor estimable en dinero; o que no puedan ser objeto de una especulación lícita; o que ya están expuestas a perderse por el riesgo asumido por el asegurador. Pero el defecto enunciado en el ordinal 4º de dicho Art., o sea las cosas que han corrido el riesgo aún habiendo sido salvadas, es para cuando empieza el contrato. En el caso discutido, cuando se perfeccionó el contrato en la póliza varias veces nombrada, la cebada no había empezado a correr el riesgo. Cuando se expidió la carta del 7 de julio tampoco lo había sufrido. Es verdad que lo había sufrido para el 30 de octubre de 1969. Pero ocurre que, de un lado, el certificado, y se dejó dicho atrás, no puede tomarse solo, sino como la concresión del seguro automático dado por la póliza y, de otro, que en él mismo se remitieron sus efectos al 17 de julio. Luego cuando se perfeccionó el contrato las cosas no habían corrido el riesgo, ni para cuando la propia aseguradora concretó el amparo. Por consiguiente, el contrato no es nulo tampoco por este motivo".

Por otra parte, agrega el Tribunal que con relación a los motivos de nulidad total no se probó ninguno de los que conforme a los artículos 1740 y 1741 del C. C. la producen, ya que se observaron los requisitos propios que de acuerdo con la naturaleza del negocio son esenciales, ni se demostró que el contrato, por su objeto, estaba prohibido por la ley o era contrario al orden público o a las buenas costumbres, como tampoco que el motivo que indujo al contrato "tuviera semejantes efectos".

b) Rescisión del mismo contrato. La hace consistir "Bolívar" —dice— en el dolo de la asegurada y en el error sufrido por la aseguradora al no denunciar aquélla el verdadero valor asegurable y al callar la ocurrencia del riesgo para la fecha del certificado.

En cuanto a lo primero, afirma que, como se deduce de las probanzas allegadas al proceso, la ruta del transporte de la cebada no era conocida ni por "Ceisa" ni por "Bolívar", que no la había utilizado antes, por lo que ni se tenían establecidas las primas, que solo fueron fijadas definitivamente con posterioridad; siendo provisionales las cobradas hasta cuando se pronunciara Asecolda sobre el particular, ni se sabían de manera cierta el costo efectivo de los transportes y "los demás gastos", todos influyentes en el valor del interés asegurable, como lo establece la condición particular b) de la póliza TR - 3721. "De suerte —continúa— que ese desconocimiento, que surge indudable de las prue-

bas, sólo permitía hacer cálculos sobre los valores, pero nunca, si después los costos resultaron superiores, hechos con el propósito de ocultar situaciones con el fin de obtener un consentimiento que de haber conocido la pura realidad habría sido diverso o no se habría dado. La aseguradora era consiente de la situación, de modo que no dio un consentimiento inducida en creer que esa era la pura realidad, por las maniobras de la asegurada. Una y otra sabían, pues, que los datos correspondían a lo que prudentemente creían ceñido a la verdad".

Y en lo que hace a lo segundo, o sea a que Ceisa callara que para el 30 de octubre de 1969 la cebada estaba recorriendo el trayecto interior, expresa el fallador que aún en ese evento "no constituye una reticencia de algo que de haber conocido Seguros Comerciales Bolívar la habría determinado a no expedir el certificado o a hacerlo en otras condiciones, porque dicho certificado, como de su texto se desprende, expresó el consentimiento para concretar el parecer general contenido en la póliza y manifestado ya en las tantas veces nombrada carta del 7 de julio. De otro lado el artículo 581 del C. de Co., prescribía que el seguro se rescindía por las declaraciones falsas o erróneas, por las 'reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que conocidas por el asegurador, pudieran retraerla de la celebración del contrato, o de producir alguna modificación en sus condiciones'. De suerte que perfeccionado el contrato de seguro de transportes al expedirse la póliza TR - 3721; al emitirse el anexo en virtud del cual se incluyó a Ceisa como asegurada y al expedirse la ya nombrada carta del 7 de julio, la aseguradora accedió introducirle modificaciones al contrato. Aún más. Quien debía probar que Ceisa ocultó la ocurrencia del riesgo para el 30 de octubre era la aseguradora, porque se trata del cargo de silencio doloso y y el dolo no se presume, tiene que ser demostrado. Del conjunto probatorio no se infiere que Ceisa haya callado el suceso con el propósito de obtener el consentimiento de la aseguradora, porque ésta tenía ya una obligación a su cargo: amparar el transporte de las 1.575 toneladas de cebada contra los riesgos asumidos en su póliza y en su carta del 7 de julio".

c) Resolución del contrato de referencia.

Según "Bolívar", "Ceisa" incumplió sus obligaciones contractuales al no declarar en su valor real las mercancías amparadas por la póliza y al no negar la prima correspondiente a ese valor.

Sobre la primera de las causas de incumplimiento dichas, manifiesta el sentenciador que "está referido que Ceisa declaró el valor de la cebada de acuerdo con lo que ella había convenido con Malterías Unidas en el contrato de 18 de julio de 1969, contrato que se infiere debió ser no conocido por la aseguradora cuando antes del 30 de octubre de ese año, expidió a Ceisa póliza de cumplimiento precisamente para proteger al comprador de la cebada en la ejecución de las obligaciones de Ceisa. De otra parte, se infiere que esta sociedad debió de declararle a la aseguradora el valor de la mercancía porque de otra manera, y como lo ha notado el demandante, no se explicaría la omisión de la carta de 7 de julio en la que se hace referencia a las 1.575 toneladas de cebada francesa que sería movilizada 'por Uds.', refiriéndose a Ceisa. Tampoco se explicaría la expedición del certificado TR - 197874, a no ser por esa declaración. El silencio que sobre el particular le endilga la aseguradora a Ceisa, basada en la no conformidad de los conceptos de los expertos con el dado por su ajustador W. Moller & Cia. Ltda. y el que posteriormente dio la asegurada en solicitud de reajuste ofreciendo pagar el faltante de prima, no significa incumplimiento de la obligación del asegurado sobre este tópico, porque se trata de apreciaciones en distintas épocas en las cuales necesariamente influían factores distintos".

En cuanto al segundo incumplimiento de que habla la contrademandante, el sentenciador dice:

"El no pago de la prima al tiempo convenido, le daba derecho al asegurador, en los términos del artículo 668 del C. de Co., a demandar su pago o la rescisión del contrato con indemnización de perjuicios. Pero si, como ocurrió en este pleito, la prima fue provisional, no puede alegarse que al conocerse los verdaderos valores y fijar la entidad respectiva las tarifas definitivas, haya de parte del asegurado no pago de prima, pues los contratantes sometieron la cuestión a reajuste pagando el faltante el

asegurado o devolviendo el exceso el asegurador. Sin embargo, el motivo que invoca la aseguradora del no pago de prima es el de que Ceisa al no declarar el valor real de la mercancía lo hizo con el propósito de eludir la cancelación de la prima correspondiente. Empero, el artículo 858 del C. de Co., permitía, no obstante la enunciación formal del valor de la cosa asegurada, que el asegurado o el asegurador probaran que esa apreciación había sido excesiva por error o por dolo y si el asegurador probare que la diferencia se debía a dolo del asegurado, éste perdía el derecho al pago del seguro, con la obligación de pagar la prima y sin perjuicio de la pena si hubiere delinquido. Si se probare que la diferencia se debió a error, el camino era reducir la suma asegurada y el valor de la prima. De esa disposición puede deducirse, por contraste, que si el caso es al contrario, esto es que la declaración ha sido de un valor inferior al real, si el asegurador prueba que fue por dolo del asegurado es lógico que pueda negarse a pagar la indemnización porque la mala fe no puede ser fuente de ganacia para nadie. Mas conforme a las reglas generales, tendrá el asegurador que probar el dolo del asegurado porque, se repite, éste no se presume. Ninguna prueba se aportó para demostrar que la diferencia de valores de la cebada se debió a maquinaciones o maniobras engañosas de Ceisa. Y si fue por error, el derecho de la aseguradora sería el de exigir el reajuste del precio de la prima. En esta cuestión, la aseguradora se negó, como está demostrado, a recibir el pago del faltante no obstante que se extendió el documento modificatorio del certificado TR - 197874, el TR - 8053 del 15 de abril de 1970, vigente aún la póliza como que su vigor, según se vio, terminó el 10 de junio del año últimamente citado".

d) Subsidiariamente pidió "Bolívar" en su contrademanda —continúa diciendo el Tribunal— que "se hiciera el prorrateo entre el valor del seguro y el valor real de costos, condenando a la demandante a pagarle la diferencia entre el valor de la prima y el valor definitivo fijado por Asecolda, respecto al trayecto interior, más los intereses correspondientes". Tampoco encuentra el Tribunal esta pretensión por cuanto "de acuerdo con el apartado segundo del citado artículo 658 del C. de Co., había lugar a que el asegurado reclamara solo lo correspondiente al valor real cuando habiendo declarado uno superior probare que se debió a error. No se probó aquí que la diferencia, aunque no superior sino inferior, fue fruto de error, por lo que no podría imponerse que reclame la proporción. Y conforme al segundo apartado del artículo 656 del mismo código, hay lugar al prorrateo cuando no se ha asegurado el íntegro valor de la cosa, mas en el contrato contenido en la póliza traída como fuente de reclamación se aseguró el valor total de la mercancía. Por lo que no procede el prorrateo pedido".

e) También subsidiariamente solicitó "Bolívar" en su demanda de mutua petición —sigue diciendo el fallador— que, en caso de que fuese condenada al pago de la indemnización total y no se accediese al prorrateo anteriormente mencionado, se condenase a "Malterías" a pagarle la prima correspondiente al valor de los costos reales. Petición a la que accede el Tribunal, como lo hizo también el a quo, entre otras razones porque la contrademandada estuvo de acuerdo con esta pretensión, advirtiendo eso sí que la cantidad resultante no ganaría intereses por no haber incurrido en mora ya que siempre estuvo lista a cubrir la nueva prima, liquidada por "Bolívar" al expedir el certificado TR - 8053, del 15 de abril de 1970, que en ese aspecto modificó el TR - 197874, que sin embargo ésta se abstuvo de recibir.

10. Manifiesta luego el sentenciador que "Bolívar" "puso en duda la existencia de interés asegurable" por parte de "Malterías", el cual para el Tribunal está debidamente establecido; y que también expresa la aseguradora que la sentencia apelada interpretó erradamente el artículo 646 del Código de Comercio, al afirmar "que en caso de dolo de la asegurada no le sería oponible a la actora". Sobre estos temas cita jurisprudencia de la Corte, contenida en su sentencia del 8 de marzo de 1926, según la cual a pesar de que en la póliza figuren los nombres tanto del asegurador como del asegurado, ello no se opone a que "el seguro pueda aprovechar a persona distinta de la asegurada", la cual puede demandar en su propio nombre

el pago de la indemnización por el siniestro, agregando:

"Si bien aquí Ceisa no aseguró a Malterías Unidas, sí está demostrado que la cebada pertenecía a la segunda y que según el contrato entre ellas, Ceisa se comprometió a adquirirla y transportarla hasta colocársela en su planta de Tibitó. Luego una y otra tenían interés en el seguro.

"Si las mercancías aseguradas fueron despachadas por la casa remitente al introductor por cuenta y riesgo de éste, quien pagó el valor de las facturas cargadas con el valor de la prima de seguro, en caso de avería el seguro debe pagársele a éste que es el dueño de las mercancías, y no a la casa remitente aunque ésta hubiese sido la que contrató el seguro con la compañía aseguradora" (Casación de 24 de septiembre de 1929). No obstante que quien tomó el seguro fue Ceisa y que fue la asegurada, la remisión se hizo para Malterías Unidas y ella corrió con los gastos y con el pago de primas, como aquélla lo dijo. A ello se agrega que Ceisa cedió su derecho a reclamar la indemnización a la dueña de la cebada. De donde se sigue que, en primer lugar existió el interés asegurable y que quien tiene derecho a reclamar el pago de la indemnización es quien sufrió los daños al ocurrir el siniestro".

11. Se refiere en seguida el Tribunal a otra duda manifestada por "Bolívar", consistente en "si operó la cláusula automática de la póliza TR - 3721", y dice que ella "queda despejada al apreciar en conjunto, como atrás se insinuó, la póliza TR - 3721, la carta de 7 de julio de 1969 y el certificado TR - 197874 expedido con aplicación 28, de acuerdo con lo cual el amparo cobijaba desde cualquier parte del mundo hasta cualquiera del país, especificados para el caso desde Francia hasta Zipaquirá con varios transbordos sin excluir lugares y sin que la falta de solicitud de revalidación la hiciera caducar, porque la demora no fue por culpa de la asegurada y menos se demostró que lo fuera por dolo".

12. Por último, manifiesta el fallador que el monto de la indemnización está determinado pericialmente en forma aceptable, por cuanto el dictamen respectivo "fue lo suficientemente fundamentado, explicado y claro puesto que se apoyaron (los peritos) en los documentos que obran en el proceso y lo que vieron en las exhibiciones, sin que las objeciones que contra su parecer se formularan hubieran sido demostradas. Por lo tanto, tomando como base su dicho y lógicamente íntegramente el caudal demostrativo traído legítimamente a los autos, resulta que la conclusión a que sobre este aspecto llegó la falladora de primera instancia estuvo también acertada".

IIII

El recurso de casación y consideraciones de la Corte

13. Siete cargos dirige la parte recurrente contra la sentencia acabada de reseñar, todos comprendidos dentro del marco de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte estudia, engavillándolos, los seis primeros por acusarse en ellos violación de las mismas normas legales, por iguales conceptos y por error de hecho en la apreciación de las pruebas que en cada uno se indican. Todos, en efecto, se encabezan así:

"La sentencia es violatoria, en forma indirecta y por aplicación indebida, de los artículos 674, 680 inciso final, 689, 721, 724, 298 del C. de Co. anterior; 8 y 13 de la Ley 27 de 1888; 2036 del C. de Co. actual y 38 de la Ley 153 de 1887, inciso primero, que dan vigencia a los anteriores; y por falta de aplicación, de los artículos 645 inciso 4º, 661 y 675 inciso 2º del C. de Co. anterior; 182 del mismo código y 1603 y 1609 del C. C., todo ello como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas siguientes..."

Primer cargo

14. Como pruebas mal apreciadas por el Tribunal, cita el censor las siguientes:

a) La cláusula e), inciso 18, de la póliza automática (TR - 3721), que impone a la asegurada la obligación de hacer conocer a la aseguradora, "por escrito", cualquier "declaración o notificación relacionda con el presente contrato".

b) El hecho 14 de la demanda introductoria, en donde el demandante confiesa que "Ceisa" dio el aviso para la expedición del certificado cuando se va produciendo la

llegada de los primeros despachos del cereal a las plantas de Malterías Unidas en Tibitó".

c) La carta del 7 de julio de 1969, dirigida a "Ceisa" por un empleado de "Bolívar", "en cuanto a ella se solicita que 'tan pronto tengan ustedes los documentos necesarios para elaborar el certificado correspondiente se pongan en contacto con nuestro representante señor Jaime Felman con el fin de tomar los datos que se requieran para la expedición de dichos seguros' ".

Fundamentando el cargo, dice el recurrente que el Tribunal reconoce que, conforme a la letra h) de las condiciones particulares de la anteriormente citada póliza, "Ceisa" debía avisar anticipadamente a "Bolívar" cada despacho de los amparados por ésta, agregando sin embargo que tal aviso no necesariamente debía darse por escrito, por no haberse pactado esa condición; y concluye el fallador que tal aviso se dio, aunque no obre la prueba documental en el expediente, por cuanto "Bolívar" mencionó la remesa de la cebada en carta que le dirigió a la asegurada el 7 de julio de 1969, no desconocida "ni siquiera" por la demandada, y expidió el certificado de seguro número TR - 197874, fechado el 30 de octubre de 1969, en el cual hace referencia al 17 de julio anterior, especificándose en él el trayecto del transporte; las sumas aseguradas: el valor, aunque provisional, de las primas; las toneladas de cebada a transportar y el empaque, datos estos que, si no se hubiera dado el aviso que extraña "Bolívar", no tenían por qué ser conocidos por ella al plasmarlos en el aludido certificado.

Para rebatir estas argumentaciones del *ad quem*, dice el censor que "nadie ha negado que el aviso del despacho se hubiera dado, puesto que se expidió el certificado" mencionado en la sentencia; pero que otra cosa es que tal aviso no se dio en la forma convenida en el contrato de seguro, puesto que no se empleó la forma escrita ni se dirigió anticipadamente al despacho de la mercancía, lo que está demostrado en el expediente con la confesión hecha en la demanda incoativa, en donde el demandante dice que el aviso se dio "cuando el cargamento había empezado a llegar a su destino final"; como también con la carta del 7 de julio, en la que se pidió a "Ceisa" que enviara a la aseguradora los documentos necesarios para facturar el seguro, lo que está indicando que "éste no se había expedido concretamente", incumpliéndose por parte de dicha compañía, como se dejó dicho, la condición h) de la póliza automática de seguro. En consecuencia, continúa, "como aquí no se hizo la aplicación dentro de las condiciones generales de la póliza, pues no se efectuó con anterioridad al despacho, ni por escrito, ni para cubrir solamente los riesgos en ella señalados, cuando parte del cargamento había llegado a su destino final, el asegurador no quedó obligado sino desde su aceptación, el día en que se expidió el certificado".

Contempla en seguida el impugnador otras razones del Tribunal, diciendo que "no es válido el argumento de que 'de un lado el certificado... no puede tomarse solo, sino como la concreción del seguro automático dado por la póliza y, de otro, que en el mismo se remitieron sus efectos al 17 de julio', por lo cual 'cuando se perfeccionó el contrato las cosas no habían corrido el riesgo, ni para cuando la propia aseguradora concretó el amparo', pues el certificado de seguro —dice— no puede tenerse en este caso como la concreción del seguro automático dado por la póliza, porque para que la condición de automaticidad no se perdiera, se requería que el aviso del despacho se diera por escrito con anterioridad y no con posterioridad a éste".

Concluye la censura con la manifestación de que, debido a los errores de hecho vistos, el Tribunal violó, por falta de aplicación, los artículos 1603 y 1609 del C. C., en relación con el 182 del C. de Co., "pues no obstante la prueba del incumplimiento del asegurado hace efectiva la cláusula de automaticidad"; 646-4 del código últimamente citado, ya que contra su mandato se extendió el seguro cuando ya las cosas aseguradas había corrido el riesgo; y 661 675-2 *ibídem*, porque según el primero "Bolívar" no amparaba los riesgos sino desde la fecha de expedición del certificado, no siendo responsable del siniestro por haber ocurrido el accidente antes y continuado después de que "los riesgos hubieran empezado a correr" por su cuenta. Violaciones estas que determinaron la aplicación indebida "de los artículos citados en el encabezamiento de este capítulo, referente al

pago de la indemnización y los gastos respectivos".

Segundo cargo

15. Las pruebas que en éste se citan como mal apreciadas son:

a) El certificado de seguro número TR - 197874, del 30 de octubre de 1969, que no dice, según el censor, "que fuera la intención de la compañía asegurar el cargamento con efecto retroactivo el 17 de julio" del mismo año, como lo expresa el Tribunal.

b) La cláusula cuarta de la póliza automática, "en cuanto ella expresa que 'el presente contrato no tendrá efecto alguno ... si el seguro ha sido contratado con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, tomando como base la fecha en que fue aceptado por Seguros Bolívar' ".

Fundamenta el casacionista este cargo repitiendo en parte los razonamientos aducidos en el anterior, o sean la falta de aviso del despacho del cargamento con anterioridad a la salida del barco, no "obstante tener en su poder (la asegurada) todos los datos desde el 18 de julio de 1969, fecha de la firma del contrato de venta de la cebada", dando ocasión entonces a la pérdida de la condición automática de la póliza, según lo acordado en ella, "lo que hizo que los riesgos solamente los asumiera el asegurador a partir de cuando los aceptó, esto es desde el 30 de octubre de ese año (1969) en que expidió el certificado"; agregando que este documento mal pudo amparar la mercancía desde el 17 de julio, porque sus efectos no pueden ser retroactivos, a más de que en él no se dice tal cosa.

Tercer cargo

16. Se refiere en esta censura el casacionista a las siguientes pruebas, en su concepto mal interpretadas por el Tribunal:

a) La tan traída carta del 7 de julio de 1969, por cuanto —dice— no "aparece firmada por empleado o agente reconocido o recomendado para ello", por parte de "Bolívar", como tampoco por "Ceisa", la cual, además, "no contiene ningún contrato ni mucho menos uno que adiciona los riesgos previstos".

b) La póliza automática número TR - 3721, porque "interpretó que comprendía trayectos y riesgos distintos a los que allí expresamente se convinieron"; lo primero, porque la ruta pactada fue la de cualquier parte del mundo a cualquier parte de Colombia, "pero no de cualquier parte del mundo a otro país (Venezuela) y de ese país a Colombia, como lo entendió el Tribunal"; y lo segundo, porque en aquel documento solo se mencionaron los riesgos de "pérdida total, avería particular y merma" y el sentenciador agrega, entre otros, el de "alteración química de los componentes no causada por vicio propio". Para terminar, resume su razonamiento de la siguiente manera:

"...ha quedado demostrado que el Tribunal apreció la carta de 7 de julio de 1969 sin percatarse de que no aparece firmada por empleado o agente reconocido o recomendado para ello por el asegurador, con lo cual incurrió en error evidente de hecho. Pero, suponiendo que pudiera legalmente apreciarla no obstante dicha falla, habría incurrido también en indebida apreciación de ella, por cuanto no contiene contrato alguno de seguro ya que le faltan los requisitos legales para tal fin, ni tiene la fuerza de modificar la póliza respecto de los riesgos previstos en ésta, pues los circunscribió a los en ella expresados. Por último, erró en la interpretación de la póliza respecto de los trayectos convenidos, o de la citada carta según se expresó".

Todo lo anteriormente manifestado por la censura hace referencia a lo dicho por el Tribunal acerca de que "la duda de la demandada sobre si operó la cláusula automática de la póliza en relación a las 1.375 toneladas de cebada que sufrieron el riesgo de alteración química, queda despejada al apreciar en conjunto, como atrás se insinuó, la póliza TR - 3721, la carta de 7 de julio de 1969 y el certificado TR - 197874, expedido como aplicación 628 de acuerdo con lo cual el amparo cobijaba desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país, especificados para el caso desde Francia hasta Zipaquirá con varios transbordos sin excluir lugares".

Cuarto cargo

17. Cítanse aquí estas pruebas mal interpretadas según el recurrente por el fallador:

a) El contrato celebrado entre "Malterías" y "Ceisa" el 19 de julio de 1969, "en cuanto en él se obligó Ceisa como vendedor junto con Finagrain a pagar el transporte de la cebada hasta ciudad Bolívar, transbordarla y 'despacharla de ese puerto hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá' ".

b) La cláusula denominada de "extensión", pues en ella se dice que, sujeto a las estipulaciones de la condición anterior, el seguro continúa en vigor cuando ocurran algunos de los siguientes casos... Desviación o cambio de ruta, demora fuera del control del asegurado, descargue forzado, redespacho y transbordo".

c) La cláusula décima de la póliza, "en cuanto en ella se dice que la aseguradora los asume (los riesgos) sobre las mercancías 'para ser expedidas por medios ordinarios de transporte incluyendo el transbordo usual si lo hubiere' ".

Fundamentando el cargo, dice el censor que la cláusula quinta de la póliza establece que ella se "rescinde" en caso de demora de la mercancía por más de treinta días en cualquier punto de cargue, descargue o transbordo, a menos que el asegurado solicite con anterioridad a dicho plazo la revalidación correspondiente, que "es un nuevo contrato según la cláusula doce, prorrogable y sujeto a las mismas condiciones del original y que Seguros Bolívar a voluntad suya y a solicitud del asegurado, expide, mediante el pago de la sobreprima correspondiente".

Se refiere luego el recurrente a la parte de la sentencia acusada en la que el Tribunal dice que la demora por más de treinta días del cargamento, excepción hecha de 182 toneladas, no constituye reticencia de "Ceisa", porque "la propia póliza en su cláusula undécima previó la demora involuntaria, como era el descargue y cargue forzados en ese puerto, unido a que la condición automática del seguro amparaba todo exceso que pudiera comprenderse en los riesgos cubiertos y no siendo desde luego causados por dolo culpa de la asegurada sufriera la mercancía hasta ser puesta en su lugar de destino final", para agregar que tales razonamientos y conclusión equivocados se deben a que el sentenciador no apreció el contrato del 18 de julio de 1959, en el que la asegurada "Ceisa" se obligó "a contratar y pagar por su cuenta el transporte marítimo desde un puerto de Francia hasta el puerto de Ciudad Bolívar en la República de Venezuela, transbordar y ensacar la cebada y despacharla de ese puerto hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá, lo que demuestra que el 'descargue y cargue' no fueron 'forzados en ese puerto', sino voluntariamente pactados y libremente convenidos por las partes en el citado contrato del 18 de julio, lo cual establece, además, que tampoco hubo cambio de ruta".

El cargo concluye así: "Si la demora por más de 30 días 'en cualquier punto de cargue, descargue o transbordo', como era Ciudad Bolívar, rescindía el seguro; y si la cláusula de extensión solo operaba cuando la mercancía hubiera sido 'expedido por medios ordinarios de transporte', que no lo es el viaje de Francia a Colombia utilizando embarcaciones fluviales por los ríos Orinoco y Meta y cuando se presente 'desviación o cambio de rumbo fuera del control del asegurado, descargue forzado, redespacho y transbordo', nada de lo cual tuvo lugar en este caso, es claro que el Tribunal dejó de apreciar dichas cláusulas de la póliza y el contrato de 18 de julio en la parte citada e incurrió en evidente error de hecho...".

Quinto cargo

18. Menciona en éste el recurrente como mal apreciadas por el fallador las siguientes pruebas:

a) El contrato ya citado del 18 de julio de 1969, en el que "Ceisa" se obligó "a pagar todos los gastos que se ocasionen desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo y en fin todos los gastos, derechos, honorarios, indemnizaciones, multas que se ocasionen hasta el momento de hacer la entrega de la cebada al comprador...", por lo cual ha debido despachar la cebada desde Ciudad Bolívar oportunamente y no con la demora demos-

trada en el expediente con las probanzas que en seguida menciona:

b) Los certificados expedidos por el Administrador de Rentas II de Ciudad Bolívar y por el Jefe de la Oficina Aduanera de esa misma población, "con las cuales se acredita que el segundo y tercer cargamento de cebada francesa que llegó a ese puerto en el vapor Imataca, procedente de Rouen, Francia, el día 1º de septiembre de 1969, fue remitido a Colombia 27 y 29 días después de su arribo a Ciudad Bolívar, los tres siguientes con dos meses de retardo y los tres últimos con más de cuatro meses", certificados estos corroborados con los manifiestos de la carga embarcada en el nombrado puerto fluvial venezolano.

c) El diario de navegación del remolcador "Meta", que en sus viajes 75 y 76 transportó la cebada hasta Puerto López; los manifiestos de la carga en ese remolcador, expedidos en Ciudad Bolívar; y en contrato de transporte celebrado por "Ceisa" con la Compañía Nacional de Navegación (Navenal), de los cuales se deduce que el cargamento embarcado comprendía bultos manchados, incompletos, rotos, podridos y con muestras de haberse mojado y secado al ambiente.

d) Los certificados de la estación metereológica de Ciudad Bolívar, "con los cuales se acredita la humedad y la precipitación en los meses de septiembre a diciembre" allí.

Desenvolviendo el cargo, dice el censor que, según el contrato del 18 de julio de 1969, "Ceisa" se obligó a despachar la cebada desde Ciudad Bolívar hasta Zipaquirá, lo que ha debido cumplir con eficacia y prontitud ya que el artículo 680 del C. de Co., le imponía el deber de actuar "con el cuidado y celo de un buen padre de familia para prevenir el siniestro", que no cumplió según se desprende de las pruebas mencionadas, demorándose un tiempo considerable. El daño se originó, como lo dice el químico Ospina —continúa—, en Ciudad Bolívar; y se agravó en el trayecto posterior, debido a la humedad y a la alta temperatura en él reinantes, y estos hechos los acepta el Tribunal, el que, sin embargo, dice que la demora en el reembarque no fue ocasionada por culpa de la asegurada, dejando de "apreciar el mencionado contrato e incidió en manifiesto error de hecho sobre la existencia de la culpa, pues en el pasaje transcrito, Ceisa se comprometió a 'transbordar y ensacar la cebada y despacharla de ese puerto (Ciudad Bolívar) hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá', obligación que incumplió, pues el despacho lo hizo inoportunamente. Lo cual configura precisamente culpa, ya que el incumplimiento de todo contrato se presume culposo".

Manifiesta luego el casacionista que, según los artículos 662 y 676 del C. de Co., el asegurado no puede variar por sí solo la ruta, no estando por otro lado el asegurador obligado a indemnizar cuando la pérdida se debe a un hecho personal de aquél, citando al respecto doctrina de esta Sala, contenida en sentencia del 19 de septiembre de 1970. Siendo "Ceisa" —agrega— culpable del siniestro, a "Malterías" como cesionaria suya —condición esta admitida por el Tribunal— se le traspasó esa culpa.

Sexto cargo

19. Las pruebas mal apreciadas que en este se mencionan por el censor son las siguientes:

a) La carta del 7 de julio de 1969, tantas veces mencionada, "en cuando ella no contiene contrato alguno de seguros, ni la ampliación de los riesgos pactados en la póliza u otros adicionales, ni la modificación de ésta en el sentido de que los trayectos indicados dejan de ser simplemente de cualquier parte del mundo a Colombia para ampliarse de cualquier parte del mundo a Venezuela y de ahí a Colombia".

b) La condición general novena, inciso 3º, de la póliza automática, "en cuanto en ella se establece que el pago de la 'prima entraña la expresa aceptación por parte del asegurado de todos los datos y condiciones estipulados en el certificado de seguro' '.

Como fundamento del cargo manifiesta el impugnante que es equivocado el concepto del Tribunal cuando expresa que no hay lugar al prorrateo porque según la póliza automática "se aseguró el valor real de la mercancía"; porque obedece a su creencia de que se estaba en presencia de un seguro automático y no de uno voluntario, contenido en el certificado expedido en aplicación de la póliza respectiva, habién-

dose perdido "su condición de automaticidad por incumplimiento de la obligación del asegurado de denunciar al asegurador el cargamento, por escrito, con anterioridad al despacho, y por no cubrir automáticamente riesgos ni rutas adicionales a los en ella pactados, sin la previa celebración del respectivo contrato", que fueron "los factores señalados en la póliza para fijar automáticamente el monto de la cosa asegurada. En tales circunstancias sigue diciendo el Tribunal, por no haber interpretado correctamente la póliza, no se percató de que sin haberse celebrado el contrato previsto, no podrían ampliarse los riesgos ni cubrirse automáticamente otros trayectos como era el de cualquier parte del mundo a Venezuela y de este país a Colombia".

Como consecuencia de lo anterior, concluye que no aplicó el sentenciador la condición particular a) de la póliza flotante en su inciso 3º, que enseña que "el pago de la prima entraña la expresa aceptación por parte del asegurado de todos los datos y condiciones estipulados en el certificado de seguro correspondiente, incurriendo así en error evidente de hecho, lo mismo que al no percibir que la carta de 7 de julio de 1969 no contiene contrato alguno de seguro, ni la ampliación de los riesgos, ni la modificación del trayecto pactado, lo cual determinó que violara por falta de aplicación el Art. 646 del C. de Co., anterior, numeral 4º, que dice que no pueden ser materia de seguro las cosas que ya han corrido el riesgo; el 556, inciso segundo ibídem, que establece: 'No hallándose asegurado el íntegro valor de la cosa, el asegurador solo estará obligado a indemnizar al siniestro a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo está', pues el valor de la cosa asegurada ascendía a $ 5.168.778.34, según el dictamen pericial y el asegurado la declaró únicamente por la suma de $3.708.640.00 para el trayecto interior, o sea que no aseguró el valor íntegro de ella" (todas las subrayas que aparecen en los cargos son del censor).

Se considera

20. Para la mejor comprensión y estudio del problema, a manera de exordio se hace la Sala las siguientes reflexiones:

a) El contrato de seguro. Lo definía el anterior código de comercio —que es el aplicable al caso, como muy bien lo dijo el Tribunal y en lo cual están de acuerdo las partes— diciendo en su artículo 634 que es un convenio "bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizar la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los asegurados".

Anotan los comentaristas que la definición transcrita es incompleta, por cuanto al referirse a "los objetos" dejaba por fuera los riesgos personales y patrimoniales, a pesar de lo cual en otras disposiciones se refería el estatuto a los seguros de vida, a algunas clases de riesgos patrimoniales y a los de manejo y cumplimiento. Además —dicen— no solamente el código amparaba el derecho de dominio, porque el artículo 642 mencionaba a los copartícipes, fideicomisarios, usufructuarios, arrendatarios, acreedores, administradores de bienes ajenos, o cualquiera otra condición que constituye a una persona en "interesada en la conservación del objeto asegurado". Los doctrinantes ensayan definiciones más generales, como la dada por Picar y Besson, que enseñan que se trata de "una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, una prestación por una otra parte, el asegurador, en caso de realización de un riesgo". Por lo demás, la Ley 105 de 1927 modificó el código en el sentido de quitarles a las personas naturales la posibilidad de ser aseguradoras.

Son partes en el contrato el asegurador, que es "la persona que toma de su cuenta el riesgo", y el asegurado, que es quien "queda libre" del mismo (Art. 635), agregando la doctrina también al "Tomador"

El código hablaba de que el contrato en mención es "bilateral, condicional y aleatorio", ya que genera obligaciones para las partes contratantes, impone al asegurador la indemnización del siniestro (que es la pérdida o el daño sufrido por el interés asegurado) y no establece equivalencia en las mutuas prestaciones de las partes, que

están sujetas a una contigencia: la posibilidad de ocurrencia del siniestro. La doctrina agrega que, además, es "oneroso", porque cada una de las partes se grava en beneficio de otra; "principal", ya que goza de individualidad propia por no acceder a ningún otro contrato; "solemne", en virtud de que "se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial" (Art. 638); de "tracto sucesivo", en cuanto las obligaciones contraídas por los contratantes se desenvuelven continuamente desde que se celebra el contrato hasta su terminación, razón por la cual la "rescisión" de que hablaban algunas de las disposiciones del estatuto y que mencionan las pólizas, no es tal, jurídicamente; "de mera indemnización" para el asegurado (Art. 641), no pudiendo ser jamás "para él ocasión de una ganancia", excepto en los seguros personales puesto que "la fijación de la cantidad asegurada... queda al arbitrio de las partes" (Art. 701), pudiendo entonces la indemnización ser inferior o superior al daño, lo que no sucede con los reales ya que "no es eficaz el seguro sino hasta el concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aún cuando el asegurador se haya constituido responsable de una suma superior que lo exceda" (Art. 656).

El precepto 640 del Código en cita señalaba las estipulaciones que debía contener la escritura contentiva del contrato, o sea la póliza, sobre lo cual la Corte tiene dicho:

"Las siguientes enumeraciones son esenciales en una póliza de seguro, porque al omitirse cualquiera de ellas el contrato es nulo, a saber: a) los nombres de las partes contratantes; b) la designación de la cosa asegurada; c) la cantidad asegurada o el modo de fijarla; d) la designación del riesgo que el asegurador toma sobre sí; y e) la prima del seguro.

"No es esencial para la validez de un contrato de seguro dejar constancia en la póliza de las siguientes enunciaciones: 1ª la designación de la calidad que toma el asegurado: ella sirve tan solo para determinar que el vínculo del contrato liga a los contratantes mismos o a otros individuos que aquéllos pueden representar cuando los bienes de un tercero pueden quedar cubiertos con la póliza perteneciente a un asegurado permanente; 2ª el valor de la cosa asegurada, porque su determinación puede establecerse por todos los medios de prueba, según el artículo 667 del Código de Comercio., 3ª el tiempo, el lugar y la forma en que haya de pagarse la prima, porque a falta de estipulación sobre estos puntos, el pago se regula por los Arts. 666 y 672 del C. de Co.; 4ª la fecha con la expresión de la hora no es tampoco indicación esencial: se exige para el interés de los terceros para el efecto de la validez de varios seguros sucesivos, previstos en los Arts. 646 a 653; 5ª las indicaciones que señala el Art. 719 en el seguro de transportes terrestres: ellas son las que entre otras deben (C. de Co. Art. 274) expresarse en la carta de porte en el contrato de transporte, y según el Art. 276 la omisión de alguna de ellas no destruye el mérito probatorio que la carta de porte y las designaciones omitidas pueden suplirse por cualquier medio legal; disposición aplicable a la póliza de seguro de transportes terrestres por razón de la íntima conexión que hay entre los dos contratos; lo cual exige ratio na materias que los principios que regulan el contrato de transporte se hallan incorporados en el correlativo de seguro.

"Es errónea la afirmación de que todas las indicaciones que se expresan en los artículos 640 y 719 del C. de Co. son necesarias para que sea válida la póliza de seguro de transportes" (XXXII, 234).

El nuevo Código de Comercio (D. E. 410 de 1971), vigente desde el 1º de enero de 1972 con algunas excepciones que no vienen al caso (Art. 2036), define el seguro diciendo que "es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva" (Art. 1036), recogiendo así clasificaciones doctrinarias de las antes enumeradas, extendiéndolo a "todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado" (Art. 1056), quizá en atención a las críticas que se le hicieron a la definición dada en el código anterior, que se mencionaron. Por otra parte, también acogió el nuevo estatuto como elementos esenciales del contrato, en defecto de los cuales, total o parcialmente, "éste no producirá efecto alguno", los que la doctrina había expuesto: interés asegurable, riesgo, prima o precio y obligación condicional del asegurador (Art. 1045),

adicionando las estipulaciones que debe contener la póliza, que es "el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato..." (Art. 1046), con la referente a los nombres "del asegurado y del beneficiario", por lo que se dirá en seguida (Art. 1047).

Como partes del contrato menciona el flamante código al asegurador, "o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos", y al tomador, "o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos" (Art. 1037), el cual traslado puede hacerse a favor de un asegurado o de un beneficiario (Art. 1047-3), ciñéndose otra vez a la doctrina, pues la legislación anterior solamente hablaba del asegurador y del asegurado en el artículo 635, incluyendo aquél a las personas naturales, disposición que, se repite, fue derogada por la Ley 105 de 1927.

b) El seguro de transporte. Por muchos aspectos es especial dentro del contrato de seguro, como la misma legislación lo consagra. En efecto, de acuerdo con el código derogado los artículos 691 y 692 no le eran aplicables; y conforme al estatuto actualmente en vigencia, no rigen para el contrato en mención las normas 1047-6, 1070, 1071 y 1107. Por otra parte, para la época en que se adoptó el código derogado, el desarrollo del comercio en general y de los transportes en particular era muy incipiente en el país. De ahí que las necesidades al respecto nacientes impusieran a la doctrina la elaboración de un sistema que se fuera acomodando a ellas, como aparece dicho con sagacidad por la Corte en la sentencia que cita y transcribe el ad quem y que se dejó mencionada en el numeral 7º, letra a), precedente. Por entonces, además, no se tenía clara en Colombia la noción de póliza automática, tan meneada en este pleito. Vino por tanto la doctrina jurisprudencial a configurarla aunque inicialmente con calificación diferente, lo que hizo en la siguiente forma:

"Respecto a la celebración, el artículo 638 del Código de Co., establece que se perfecciona y prueba por escritura pública, privada u oficial, autorizada esta última por un cónsul colombiano.

"La más acostumbrada de las escrituras es la privada, siempre que ese modelo esté revisado por determinada autoridad creada por el Estado para supervigilar las condiciones del contrato; así , las compañías aseguradoras al presentar al público ya redactado el modelo en que se detallan tales condiciones, han obtenido previamente la autorización oficial.

"Desde este punto de vista, requiere el contrato siempre constancia por escrito, en cuanto la ausencia de instrumento impide su perfeccionamiento; es, además de sinalagmático, aleatorio, solemne, porque como uno de los apoderados lo expresa en la obra 'De la Prueba en Derecho', el acto no nace a la vida jurídica sino mediante el revestimiento de las formalidades que la ley preconstituye para su existencia, y no se puede prescindir del escrito para probarlo, porque él se exige ad substantiam actus o ad validitatem.

"Por tanto, bien se puede suscribir una póliza flotante, en la que apenas se enuncian las condiciones generales del contrato, y luego un determinado certificado expedido con aplicación a ella, en virtud de la previsión consagrada en esta misma al respecto, con la circunstancia de que las condiciones establecidas en el certificado, no solamente no necesitan estar de acuerdo con las condiciones generales, sino que pueden llegar a contrariarlas y sustituirlas, dado su carácter de especialidad que toma la misma voluntad de los contratantes, y su propia posterioridad. (las subrayas son del texto).

"Tan solemne es así la póliza en que se consagran las condiciones generales, como el certificado expedido en su aplicación porque una y otra se forman o constituyen por las partes con la misma formalidad (escrito), con el mismo consentimiento, y más aún, la especialidad o posterioridad del certificado de seguro, viene a dar la verdadera concreción contractual y jurídica al contrato.

"Como para todas las convenciones y contratos, el legislador requiere que en el seguro no se contraríen el orden público, la moral o buenas constumbres; y en cuan-

to a la ley, ésta reconoce a las partes autonomía, a menos que ella misma diga que lo estipulado por las partes contrariándola en determinado precepto, no tendrá valor alguno; es decir, que inclusive la misma ley da preferencia a las estipulaciones de las partes, entrando ella a regir para el caso en que nada hayan acordado en algún extremo los contratantes, con excepción de aquellos casos en que la misma ley ha ordenado que en los contratos no se podrá estipular en contrario de lo disciplinado por la ley.

"En este sentido, la Ley 27 de 1869, artículo 7º, preceptuó que las condiciones generales que para los contratos establezcan las compañías de seguros se considerarán estipulac ones obligatorias para ambas partes contratantes, aún cuando no se hallan detalladas en las pólizas, siempre que en ellas declaren que les son conocidas y que se someten a ellas.

"Esto no obsta para que en las condiciones particulares de dichas pólizas pueden alterarse, modificarse o derogarse alguna o algunas de las condiciones generales.

"Respecto de las condiciones generales, las partes deben declarar que les son conocidas y que se someten a ellas, para que sean obligatorias; si bien, tales condiciones generales, como se vio, vienen a quedar expresadas en la póliza, y excepcionalmenmente es escrito separado, pero respecto del cual se declara ser conocido, con sometimiento a él, y las condiciones particulares, si no constan en la póliza original, se consagran en los certificados de seguro que expidan con aplicación a ella, o si se quiere establecer mayor especialidad, en escritos separados, pero con la constancia en el certificado de seguro de que tal escrito separado es conocido de las partes, y a él se sujetan.

"En esta forma, el principio general de derecho quae jure contruntur contrario jure paraunt, no sólo no se contaría sino que recibe indicada o lógica aplicación.

"El orden de interpretación de las cláusulas del contrato de seguro, para efectos de fijar su verdadero alcance, es legalmente el siguiente: a) las condiciones especiales obtenidas en escrito separado al certificado de seguro o al de la póliza, como en una hoja volante, adjunta al certificado de seguro o el de la póliza, como en una hoja volante, adjunta al certificado de seguro v. gr., pero en tal caso debe haber constancia, ya en el certificado de seguro, o ya en la póliza, de ser reconocidas esas cláusulas o condiciones especiales, y de someterse las partes a ellas; b) las condiciones especiales que se expresan en los certificados de seguros expedidos en aplicación a la póliza flotante; c) las condiciones generales que se determinan en la póliza original; d) las disposiciones legales del C. de Co.; e) La aplicación analógica de estas disposiciones, o en su defecto los principios generales del derecho civil sobre contratos y obligaciones, en lo pertinente; y f) los principios generales del derecho, la doctrina constitucional y la equidad natural.

"Siguiendo lógicamente estos componentes normativos de la doctrina jurídica del seguro, se ve claramente que el certificado de seguros expedido con aplicación a una póliza flotante preexistente, y en desarrollo de ella (subraya el texto), es nada menos que parte integrante del contrato de seguro, en el que verdaderamente se encuentren los puntos principales sobre los cuales recae, hasta el punto de que la póliza flotante no llega a tener ninguna aplicación práctica, ni juega papel alguno cuando una vez otorgada, no es seguida de la expedición de certificados de seguro con aplicación a ella.

"Igual cosa acontece con las condiciones especiales, o cláusulas adicionales; y así, las condiciones especiales, no sólo pueden legalmente apartarse de las condiciones generales, sino aún contrariarlas por virtud de ser uno mismo el concurso de voluntades, una misma la formalidad o solemnidad cumplida o que haya de cumplirse, y de estar investidas de posterioridad y especialidad que les hace prevalecer sobre las condiciones generales; tal ocurre con las cláusulas adicionales del seguro de guerra determinado en un certificado de seguro, en desarrollo de una póliza flotante.

"Todo lo anterior indica que es el contrato en sus aspectos especiales y generales el que primero juega papel en la interpretación de los contratos, para determinar su significado y alcance, al paso que las normas legales vienen a ser supletorias de la voluntad de las partes, interpretando tal voluntad" (LX, 71).

Entonces, la póliza flotante de que habla la Corte, análoga a la automática, viene a ser un acuerdo normativo, un patrón o modelo, un contrato "cuadro" que contiene una serie de reglas generales y algunas estipulaciones particulares, que para cada caso especial se concretan en certificados, que algunos engloban dentro de los llamados "anexos", que se expiden con aplicación a ella, en los que se especifica cada situación particular relacionada con el transporte real y concreto de cada remesa de mercancías que, como lo dice un autor nacional (Ossa, Tratado Elemental de Seguros, pág. 121), "suelen ser verdaderos amparos individualizados, que se otorgan con cargo a las condiciones generales preestablecidas", pudiendo mediante ellos modificarse las estipulaciones de la póliza normativa, pues se trata en realidad de una convención posterior celebrada entre las mismas partes, que según principio de derecho prima sobre la anterior. Trátase o no de anexo, para la interpretación del contrato deben tenerse en cuenta, en conjunto, la póliza automática, los anexos que la modifiquen y los certificados de amparo específico que se expidan en aplicación a ella. Estos contratos nacen con la póliza automática correspondiente, que no pueden ofrecerse al mercado sin la previa aprobación de la Superintendencia Bancaria, entidad administrativa encargada por la ley de llevar a cabo la inspección oficial sopre las compañías de seguros; por tanto, en dicho documento pueden establecerse todas las estipulaciones que no pugnan con disposiciones expresas de la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público, condiciones que garantiza la aprobación oficial, que se entienda dada para protección de los asegurados, por lo que no era procedente calificar el contrato como de adhesión según lo decía la doctrina —calificación contractual por cierto negada por tratadistas de nota— ya que la debilidad del asegurado frente al asegurador, base de tal doctrina, la evitaba el organismo estatal encargado de que el contrato no se tradujera en exclusivo beneficio de éste.

Para terminar, útil resulta recordar que el nuevo Código de Comercio recogió la doctrina y la jurisprudencia que había venido elaborándose. En efecto su artículo 1050 es del tenor siguiente:

"La póliza flotante y la automática se limitarán a escribir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre".

c) El caso del pleito. (I) "Bolívar" celebró un contrato de seguro automático que se hizo constar en la póliza TR 3721, del 11 de septiembre de 1967 —que mediante modificaciones sucesivas en cuanto a la entidad asegurada, contenidas en anexos, vino a radicarse en cabeza de "Ceisa" por medio del cual se comprometió a amparar el transporte marítimo e interior de cereales a granel que ésta llevase a cabo "desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país", a base de "las condiciones generales impresas, de las condiciones particulares y de las condiciones especiales que constan en esta póliza, o en los certificados que se expidan en aplicación a la misma; dejando claramente estipulado que las condiciones particulares priman sobre las generales y las especiales priman sobre las particulares".

Las estipulaciones pertinentes de la póliza, de los anexos y del certificado, se irán conociendo en el curso de esta sentencia.

(II) El 18 de julio de 1969 se celebró un contrato entre "Malterías" y "Ceisa", que obró como "agente y representante de la sociedad extranjera 'Finagrain Compagnie Comerciale Agricole et Financiere S. A.', de Ginebra Suiza, y quien adelante se denominará EL VENDEDOR" en el que se pactó que esta última le vende a "Malterías" "1.500 toneladas métricas netas 5% más o menos de cebada para maltear procedentes de Francia de las siguientes especificaciones: 98% pureza mecánica, 95% germinación, 90% sobre (dos) 2.5 M.M. bajo 2. 2. M. M. 14.5% humedad, 10.5% a 11.5% proteínas, al precio de $1.732.38 por tonelada, el cual no incluye "derechos de aduana, ni el impuesto de fomento cebadero, impuesto consular, precio del formulario, el valor del depósito previo y cualquier nuevo impuesto a las importaciones que decrete el Gobierno Nacional, valores que serán a cargo del comprador", obligándose "Ceisa"

a adquirir la cebada, contratar y pagar por su cuenta el transporte marítimo desde un puerto de Francia hasta el puerto de Ciudad Bolívar en la República de Venezuela, trasbordar y empacar la cebada, y despacharla desde el puerto hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá República de Colombia, incluyendo el seguro, el cual amparará pérdida total, avería particular, guerra, pérdida por saqueo, alteración química de los componentes y cuando éste no sea causado por vicio propio y con deducible de un 2% dos por ciento, descargar por su cuenta y riesgo la cebada tan pronto llegue al puerto de destino y entregarla debidamente pesada; suministrar por su cuenta sacos de fiques aptos para el empaque de cebada que sea necesaria; suministrar las máquinas y todo el equipo y elementos necesarios para el descargue, empaque y entrega de la cebada en las condiciones aquí pactadas, para todos los gastos que se ocasionen desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo, y en fin todos los gastos, derechos honorarios, indemnizaciones, multas que se ocasionen hasta el momento de hacer la entrega de la cebada al COMPRADOR", cancelando "Malterías" a "Ceisa" la cantidad de US $86.840.00 más el valor de los fletes marítimos, fluviales y terrestres, seguro de manejo de la cebada y en general todos los gastos por la prestación de los servicios y conceptos, antes especificados a razón de $772.42, lo que da un total de $1.224.436.50, el cual contrato fue llevado a conocimiento de "Bolívar", con ocasión de la solicitud de amparo de las obligaciones contraídas por "Ceisa", habiéndose expedido por aquella la póliza de cumplimiento número 12259, del 3 de septiembre de 1969.

(III) El 7 de julio de 1969, el jefe de análisis de "Bolívar" dirigió a "Ceisa" la carta distinguida con el número S-591, cuyo tenor es el siguiente:

"Nos permitimos informarles que estamos amparando al cargamento de cebada que será movilizado por Uds. desde Francia con varios transbordos y hasta Zipaquirá. El amparo de este cargamento será contra los riesgos especificados en la póliza TR - 3721 o sean los de pérdida total, avería particular, falta de entrega, robo (saqueo), merma y alteración química de los componentes no causados por vicio propio (se subraya).

"Les rogamos que, tan pronto tengan Uds. los documentos necesarios para elaborar el certificado correspondiente se pongan en contacto con nuestro representante señor Jaime Feldeman, con el fin de tomar todos los datos que se requieran para la expedición de dichos seguros".

(IV) El 30 de octubre de 1969, "Bolívar" expidió el certificado de seguros número TR - 197874 a favor de "Ceisa" y con aplicación 28 a la póliza automática antes mencionada, que amparaba los riesgos de "pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo, merma y alteración química", de la mercancía (cebada) despachada por ésta en el vapor "Imataca" el 17 de julio de 1969 por los valores de $3.430.265.00 y $3.708.640.00 en sus trayectos marítimos e interior, respectivamente, que a una tasa del 0.43% y del 6.30% en su orden, originaron una prima total de $215.534.22, incluidos los timbres que la aseguradora pagó oportunamente dejándose al pie de él la siguiente nota: "Las tasas aplicadas en este certificado son provisionales; una vez se pronuncie 'Asecolda' se ajustarán cobrando o devolviendo según el caso". Posteriormente, el 15 de abril de 1970 una vez que "Asecolda" fijó con aprobación de la Superintendencia Bancaria, las tasas definitivas, "Bolívar" expidió otro certificado, distinguido con el número TR - 8053, que modificó en este solo aspecto el TR - 197874, "para hacer constar el ajuste de tasas en los trayectos marítimo e interior ya que los anteriores eran provisionales, de acuerdo con lo anotado en observaciones del certificado de seguro en referencia, las cuales tasas se elevaron al 0.62% y al 11.42% que aplicadas sobre los valores ya conocidos, dieron un total de primas y timbres de cargo de las aseguradas superior a lo ya pagado por esos conceptos en la suma de $231.346.93, que "Bolívar" se ha negado a recibir, pese a los requerimientos de "Ceisa".

Estudios específico de los cargos

Primero

21. Como se notó en el número 14 precedente, las pruebas mal apreciadas por

el Tribunal, que según el censor le llevaron a violar indirectamente las normas sustanciales señaladas en él, fueron: a) La póliza automática TR - 3721, en cuanto en ella se exigía a la asegurada que comunicara a la aseguradora cada despacho que fuera efectuando, por escrito y anticipadamente, lo que aquélla no cumplió; b) El hecho 14 de la demanda introductoria, en el que la demandante confiesa que la comunicación que dio a la aseguradora no fue anticipada, por cuanto dice se hizo a medida que las mercancías iban llegando a su destino; y c) La carta fechada el 7 de julio de 1969, dirigida por un empleado de "Bolívar" a "Ceisa", porque al pedirse en ella a la asegurada que comunicara a la aseguradora los documentos que fueran obteniendo para "elaborar el certificado correspondiente", se estaba indicando paladinamente que el certificado no se había expedido.

En estas condiciones —concluye el casacionista— al no haberse avisado por "Ceisa" a "Bolívar", por escrito y anticipadamente, el despacho de la cebada que dio origen a este pleito, la condición de automaticidad se perdió o finiquitó, errando el Tribunal al aplicarla.

Se considera

a) Es cierto, evidentemente, que el aviso del despacho no se dio por escrito: si así hubiese sucedido, se habría allegado al expediente el documento del caso; como es cierto, también, que por falta de esa demostración y lo anotado en las letras a) y b) anteriores, no se comprobó que ese aviso se hubiese dado anticipadamente.

Respecto a lo primero observa la Corte que la cláusula "e" inciso 18, de las "condiciones generales", exige que "cualquier declaración o notificación relacionada con el presente contrato, deberá hacerse por escrito"; pero el fallador se basó, para llegar a la conclusión contraria, en lo dispuesto en las "condiciones particulares", que priman sobre aquellas según lo ya visto. La declaración del seguro de un despacho conocido por el asegurado, y la comunicación de los despachadores —en este caso "Ceisa"—, como se desprende del contenido del contrato del 18 de julio de 1969, celebrado entre ésta y "Malterías" se debían pasar a "Bolívar" para "todos y cada uno de los despachos que han de quedar asegurados bajo esta póliza." Para esta declaración, que constituye el aviso que extraña el censor, no se pactó la condición de que tuvieran la forma escrita. En efecto, las cláusulas pertenecientes de las "condiciones particulares" dicen lo siguiente:

"f) La omisión de la declaración de seguro de un despacho conocido por el asegurado y amparado por esta póliza, o la cesión del mismo a otra compañía invalidará la condición automática de esta póliza".

"h) El asegurado queda obligado a dar instrucciones a sus despachadores para que comunique a SEGUROS BOLIVAR todos y cada uno de los despachos que han de quedar asegurados bajo esta póliza, para efectos de la expedición del certificado de seguros. Es entendido que el aviso se dará con anterioridad al despacho".

Es más: en las "condiciones generales", pese a lo estipulado en la cláusula "e", inciso 18, se exige la forma escrita para otras declaraciones y comunicaciones que el asegurado debe dar y enviar a la aseguradora: infructuosidad de los esfuerzos para salvar el interés asegurado; peso de las mercancías, una vez acaecido el siniestro; llegada de ellas a sus depósitos, lo que no se entendería si la cláusula en que la recurrente basa su censura operara en todos los casos, menos aún en los contemplados en las "condiciones particulares" que callan sobre el particular. Se trataría de una repetición inútil. Por tanto es más lógico deducir que solamente en las cláusulas en que se exija el escrito debe cumplirse este requisito; en las que no lo contemplan, las comunicaciones o avisos puedan darse por otro medio.

b) Como se vio anteriormente, es cierto que el aviso debe darse a la aseguradora anticipadamente. El Tribunal se percató de esa condición, y así lo expresa en su sentencia. Pero estimó que se había cumplido, considerando: (I) que en la premencionada carta del 7 de julio de 1969, en su primer párrafo, que no cita el recurrente, se le comunicó por la aseguradora a "Ceisa" que "estamos amparando el cargamento de cebada que será (futuro) movilizado por Uds. desde Francia con varios transbordos y hasta Zipaquirá", lo que está indi-

cando que se trata del transporte que motivó este proceso, estando demostrado que fue el único efectuado por "Ceisa" a "Malterías", pues la póliza automática fue cancelada por "Bolívar" a raíz de sus diferencias con la asegurada (10 de junio de 1970); y (II) que la aseguradora expidió el certificado número TR - 197874, que amparó la mercancía desde su despacho el 17 de julio de 1969, aunque su fecha fuese posterior, argumentación no atacada en este cargo y que, por tanto, continúa sirviendo de estribo efectivo de la sentencia, que sube a la Corte en presunción de acierto.

c) Los anteriores razonamientos son válidos también para las otras pruebas que el recurrente dice apreció mal el Tribunal, como lo son el hecho 14 de la demanda y la aludida carta del 7 de julio de 1969; porque el fallador apoya sus conclusiones en el certificado TR - 197874 y en el primer párrafo de tal carta, que no fueron impugnados por el censor.

Por las consideraciones anteriores y por cuanto de existir el error, éste no sería trascendente, el cargo resulta impróspero.

Segundo

22. El error de apreciación probatoria se hace radicar en las siguientes pruebas: a) el certificado TR - 197874 que, según el censor, no revela la intención de la compañía aseguradora de amparar el cargamento con efecto retroactivo; y b) la cláusula 4ª de la póliza automática TR - 3721, dispone que el contrato de seguro no tiene efecto alguno si el seguro se contrata con posterioridad a la ocurrencia del siniestro. Si no hubieran sido mal interpretados estos documentos, se habría llegado a la conclusión de la pérdida de la automaticidad y a la de que el asegurador sólo asumió los riesgos a partir del 30 de octubre de 1969. La fundamentación se dejó sintetizada en el numeral 15 anterior.

Se considera

Sobre el error de hecho, que es el alegado en éste y en los otros cargos, ha dicho la Corte lo siguiente:

"El error de hecho en la apreciación de las pruebas que conducen a la violación de la ley sustantiva y que permiten 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. No es, por lo tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquél a cuya demostración solo se llega mediante un esforzado razonamiento. Ha sido esta la doctrina constante de la Corte, sólidamente fundada en la naturaleza del recurso de casación que, como es bien sabido, no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de todos los elementos probatorios aducidos en el juicio" (LXXVIII, 972).

"El error de hecho en que puede incurrir el juzgador de 2ª instancia al apreciar las pruebas del proceso, y que da lugar a la prosperidad del recurso de casación cuando a consecuencia de él se incurre en violación de la ley sustantiva, tiene que aparecer 'de modo manifiesto en los autos', como así lo requiere y prescribe el inciso 2º del artículo 520 del Código Judicial (hoy 358-1, inciso 2º del C. de P. C.), y para que se produzca esa clase de error es necesario —como lo ha pregonado la Corte en constante jurisprudencia que la equivocación del sentenciador haya sido de tal magnitud, que sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas se vea que la apreciación probatoria pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluyen, en consecuencia, la existencia de un error de la naturaleza indicada" (LXVII, 360).

a) El certificado TR - 197874, que se dice mal apreciado, expresa: "Asegurado: Cereales e inversiones 'Ceisa' S. A.; Medio de transporte VP. 'IMATACA' — Terrestre. de fecha: julio 17 de 1969". Si el amparo concedido por este certificado, fechado el 30 de octubre de 1969, hace referencia tanto al 17 de julio anterior como a la asegurada y al medio de transporte efectivamente empleado, que para esa fecha emprendió el viaje desde Rouen, Francia, la interpretación que le da el Tribunal no es contraevidente. Máxime si se considera en que la basa, además, en la existencia de la póliza automática, de la cual el certificado

es una aplicación y forma con ella un solo todo, como se dejó dicho atrás, y en la carta del 7 de julio de 1969, elementos de prueba estos apreciados "en conjunto", y de los cuales los dos últimos no fueron atacados en el cargo, como ha debido hacerse. Es cierto que en el anterior se hizo mención de la carta tantas veces citada; pero como el acusador "está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta" (CVII, 86); y como, entonces, debe impugnar todas y cada una las bases y pruebas en que el Tribunal fundamentó las conclusiones para el censor erradas en los cargos correspondientes, el ataque está mal formulado.

b) Es cierto que la cláusula cuarta de la póliza TR 3721 dice lo que informa la censura; es decir, que el seguro debe contratarse con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, lo cual no fue ignorado por el Tribunal. Pero, como se vio en la letra a) precedente, el fallador partió de la base, que repite en varios apartes de su sentencia, de que esa anterioridad la demostraban, además, otras pruebas, apreciadas en conjunto con la mencionada, no atacadas en ella: la póliza automática, la carta del 7 de julio de 1969 y el contrato del 18 del mismo mes, celebrado entre "Ceisa" y "Malterías", todas ellas con fecha anterior al despacho y, por ende, al siniestro.

"Ahora bien —hase dicho— cuando el fallo traído a casación se remite a varios motivos de eficacia tal que la resolución hubiera podido proferirse con apoyo en uno cualquiera de ellos, sin necesidad de respaldo de los demás, la naturaleza misma del recurso exige, como condición de su viabilidad, que la acusación se realice en cuanto a la totalidad de tales fundamentos, pues uno solo de éstos que deje sin atacar, aunque los demás resultasen desvirtuados, impone el mantenimiento del pronunciamiento recurrido" (XCVIII, 10).

La censura, pues, no puede prosperar.

Tercero

23. El ataque contra la sentencia en este cargo, se basa en que el Tribunal apreció erradamente estas pruebas: a) la carta tan meneada del 7 de julio de 1969, debido a que la tuvo en cuenta sin percartarse de que ella no está firmada por un empleado o agente reconocido o recomendado para ello por "Bolívar", como tampoco por representante alguno de "Ceisa"; y b) la póliza automática TR - 3721, por cuanto en ella no se pactó seguro que cubriera el riesgo de "alteración química", al cual se refirió la sentencia; y, además, porque la ruta en tal póliza contemplada fue la de "cualquier parte del mundo a cualquier parte del país, y no la de cualquier parte del mundo a Venezuela" "y de este país a Colombia". En estas condiciones, dice el censor en los fundamentos de la impugnación, que se sintetizaron en el numeral 15 anterior, una carta que no tiene el mérito de un contrato de seguro, la tuvo el fallador como hábil para modificar la póliza automática en cuanto a la extensión de los riesgos y el cambio de ruta del transporte.

Se considera

a) En cuanto al defecto de la Corte, consistente en que la firma persona no recomendada por "Bolívar" para el efecto, para declarar la censura impróspera basta observar que nada se alegó en las instancias sobre el particular: en los alegatos de conclusión dijo la compañía recurrente que esa carta era inocua por no contener un contrato de seguro, ni constituir propiamente un anexo a un certificado a la póliza original, reconociendo, por otra parte, que quien la firmó era empleado de "Bolívar", sin más agregación. Por lo demás, lo dicho anteriormente resalta al releer lo que al respecto se dijo en la demanda incoactiva y en la respuesta que a ella se le dio. En efecto:

En el hecho 9º dijo la demandante: "CEREALES E INVERSIONES S. A. avisó directamente a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR que se disponía a adquirir y movilizar el cargamento de cebada francesa" y esta sociedad, "en comunicación Nº S-591 de 7 de julio de 1969, suscrita por el Jefe de Análisis de su Sucursal de Bogotá, se dirigió a CEREALES E INVERSIONES S. A. 'Ceisa', otorgando el amparo específico con aplicación a la póliza TR 3721..."

Y haciendo referencia a este hecho, manifestó la demandada lo siguiente: "9. Si bien es cierto que en la carta que en este punto se cita se habló de que tan pronto

como se tuvieran los documentos necesarios para elaborar el certificado correspondiente, el asegurado se debía comunicar con el agente de seguro, a fin de tomar los datos que se requirieran para la expedición de los certificados, la información que el asegurado suministró a la compañía aseguradora no correspondía a valores reales sino muy inferiores, dejando así de pagar las primas que verdaderamente correspondía pagar. De otra parte, pretender que, por medio de una carta, se otorgó amparo específico a un cargamento, es apreciación jurídica equivocada porque la tal carta no tiene las exigencias que la ley requiere se reúnan para que el contrato de seguro tenga validez, por ser tales exigencias de la esencia de un contrato de esa naturaleza. Dicha carta, pues, no otorgó ningún amparo".

En estas condiciones, es enteramente aplicable la siguiente doctrina de esta Corporación:

"con arreglo a esta jurisprudencia, que la Corte no ha variado, toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación" (CXXXIX, 84).

b) Y en lo que hace al segundo ataque, o sea al cambio de la ruta prevista en la póliza automática, debe recordarse que el Tribunal, para concluir que la seguida era la prevista como trayecto a realizarse, partió de la base de que en el certificado TR-197874 se especificó así: desde Francia hasta Puerto Ordaz y de aquí a Zipaquirá, modificándose así en este aspecto, como podía hacerse según atrás se dejó estudiado, la póliza original, modificación esta de consideración preferencial. Ha debido, entonces, impugnarse la apreciación de esta prueba, lo que no se hizo, siendo aplicable lo dicho sobre el punto en el cargo anterior. Debe recordarse, por otra parte, que el Tribunal apreció "en conjunto" el haz probatorio, atendiendo al respecto lo dicho por la Corte en la sentencia transcrita en el numeral 20 anterior, letra b), en los siguientes términos, que se repiten:

"Todo lo anterior indica que es el contrato en su aspectos especiales y generales (se subraya) el que primero juega papel en la interpretación de los contratos, para determinar su significado y alcance, al paso que las normas legales vienen a ser supletorias de la voluntad de las partes, interpretando tal voluntad".

Resulta, pues, que este otro cargo también fracasa.

Cuarto cargo

24. Las pruebas mal apreciadas por el Tribunal que se mencionan aquí, son éstas: a) el contrato del 18 de julio de 1969, celebrado entre "Ceisa" y "Malterías", por medio del cual aquélla se obligó a pagar el transporte de la cebada, transbordándola y despachándola desde Ciudad Bolívar hasta su destino final en Zipaquirá; b) la cláusula de extensión de la póliza automática, o sea la distinguida con el número 11, en la que se estipula que el seguro continúe en vigor cuando ocurran casos como el de desviación de rutas, demoras sucedidas fuera del control del seguro y descargue forzado, redespacho y transbordo; y c) la cláusula 10ª de la póliza citada, que impone a "Ceisa" la obligación de remitir las mercancías aseguradas por medios ordinarios de transporte. Los fundamentos de la censura, se dejaron expuestos en numeral 17 anterior y en síntesis son: a) que el seguro se rescindió desde que la asegurada demoró la mercancía en el Puerto Fluvial Venezolano por más de 30 días; b) que para que pudiese continuar el seguro ha debido revalidarse; y c) que la cláusula de extensión no operaba en este caso, puesto que la demora no fue forzada y el transporte no se efectuó por medios ordinarios.

Se considera

a) Efectivamente, en el contrato del 18 de julio de 1969 "Ceisa" se obligó a pagar el transporte marítimo desde Francia hasta Ciudad Bolívar, a transbordar y ensacar la cebada allí y a despacharla luego hasta los depósitos de "Malterías" en Zipaquirá.

Todo esto lo vio el Tribunal, porque en su sentencia lo menciona; pero de ello no dedujo, como lo hace el censor, que el descargue en Ciudad Bolívar fue voluntario y no forzado, por cuanto estaba previsto en la negociación citada. Para el fallador,

fue "forzado" en el sentido de que tenía que hacerse, ya que la mercancía no podía seguir su recorrido en el vapor "Imataca". de transporte marítimo y no fluvial, lo que concuerda con la lógica, conclusión que, por lo demás, corresponde al sentido gramatical de la palabra, que equipara lo "forzado" a lo "necesario". Si esto es así, el que en el contrato referido se hubiese obligado "Ceisa" a "descargar" la mercancía asegurada, no conduce indispensablemente a concluir en forma contraria a como lo hace el ad quem, pues tal descargue era de todo punto de vista necesario para que la cebada pudiera continuar su camino, pasándola a un medio de transporte adecuado para ello. El descargue, pues, fue voluntario en cuanto la asegurada se comprometió a hacerlo, mediante contrato; pero no lo fue en cuanto lo hecho mismo, que de todas maneras se imponía. Por tal razón, el sentenciador, haciendo mención de la cláusula 11ª de la póliza automática, llamada "de extensión", concluyó que su aplicación era procedente, sin que fuese necesaria la "revalidación", porque ella dispone que el seguro continuaría en vigor en casos de "Descargue forzado, redespacho y transbordo". Sobre esta cláusula, tiene dicho de tiempo atrás la Superintendencia Bancaria, que es la entidad oficial que aprueba las pólizas y que, por tanto, está en capacidad de conceptuar sobre el exacto sentido de sus distintas cláusulas, lo siguiente:

"Estudiadas las condiciones generales de la póliza automática para seguro de transportes, encontramos que si bien es cierto que las cláusulas 7ª y 12ª, 'limitación de la responsabilidad' y 'revalidación', respectivamente, eximen a la compañía de la obligación de indemnizar el valor del siniestro por pérdidas ocurridas a la mercancía, debido a demoras en su transporte y por tal de oportuna revalidación del seguro, no es menos cierto que la denominada cláusula de extensión estipula en forma específica en su condición primera que 'este seguro entra en vigor desde el momento en que las mercancías salgan del almacén o depósito de origen mencionado hasta que ellas sean entregadas en el depósito final de destino indicado en la póliza o certificado de seguro, o a un destino sustitutivo, de acuerdo con lo que se establece en las cláusulas 2ª y 3ª. En el curso de este tránsito las mercancías están cubiertas cuando ocurra alguno de los casos siguientes: desviación o cambio de rumbo, demora fuera del control del asegurado, descargue forzado, redespacho y transbordo. Por ser esta cláusula específica, prima sobre lo estipulado en las condiciones generales del contrato y por lo tanto deben las partes estarse a ella en la aplicación del seguro de transportes".

El expositor Ossa, en su obra atrás citada y a la que con frecuencia recurre el censor (pág. 471), dice: "Vencido el término indicado, que corre desde el momento de la llegada de los intereses asegurados al lugar donde ocurre la demora, se extingue el seguro, a menos que oportunamente haya sido solicitada su revalidación (subraya el texto). Si existe póliza automática automáticamente opera la revalidación". (Subraya la Corte).

b) El "trayecto asegurado", como lo dice la cláusula 10ª de la póliza en comento, lo constituyen los lugares geográficos de iniciación y término del viaje estipulados en el certificado de seguro. Ahora bien: según este documento, el trayecto a seguir por el vapor "Imataca" era el de Francia a Puerto Ordaz y de aquí a Zipaquirá. Como de este puerto al depósito final no existe otro medio de transporte que el fluvial hasta Puerto López y el terrestre por carretera hasta Zipaquirá, mal puede afirmarse, como lo hace el censor, que el llevado a cabo por los ríos Orinoco y Meta no se hubiera hecho por "medios ordinarios". Cuál otro?. Cabe preguntar. Ni lo dice el censor y, descartando el aéreo, que no lo incluyó el certificado, no existe. Resumiendo lo dicho, se tiene a) la interpretación del Tribunal sobre la condición de "forzado" del descargue y transbordo de la cebada en Ciudad Bolívar, no es arbitraria; y b) lo mismo puede decirse en cuanto al transporte fluvial y terrestre de allí en adelante. Que la interpretación del casacionista difiere, no descarta la adoptada por el fallador. En consecuencia —como lo tiene repetido la Corte— no se da el error de hecho alegado. Así, por ejemplo, en sentencia de 6 de abril de 1976 (proceso ordinario de María Alba Figueroa contra Rubén Laitón), se dijo lo que se transcribe a continuación:

"Como lo reconoce llanamente el censor en su brillante impugnación, son los juzgadores de instancia quienes tienen la potestad legal de analizar el haz probatorio. La valoración de las pruebas es labor que la ley ha confiado a jueces y tribunales, materia en la cual tienen poder tan alto que se ha calificado como soberanos, aunque en verdad por no ser tan ilimitado que pueden rebasar los límites de la evidencia, esa amplia facultad constituye una discreta autonomía. Y como el recurso de casación no da origen a tercera instancia en que fuera posible a la Corte, cual les ocurre a los Tribunales con respecto al recurso de apelación, proceder libremente a valorar el material probatorio y a sacar las conclusiones que encuentre mejor acomodadas a su estudio, es palmar que la valoración y estimación de las pruebas hechas por el Tribunal, se impone a la Corte en el recurso de casación mientras no se demuestre que, en esa tarea, cometió error de derecho o yerro manifiesto de hecho, es decir, mientras no sea convicto de contraevidencia.

"Si las conclusiones del Tribunal, después de pesados los argumentos del censor y de estudiada la causa, resultan ser menos convincentes que las del impugnante o que las que la Corte pudiera haber deducido, no por ello podría la Guardiana de la Constitución reemplazarla por otras, precisamente porque la casación no genera una nueva instancia del proceso. Y además porque la Corte debe respetar, mientras no sean arbitrarias o contrarias a la evidencia de los hechos, las conclusiones del fallador de instancia. Sólo en el caso de demostrarse que se incurrió por el ad quem en error de derecho o en yerro evidente de hecho, podría cambiar las conclusiones del Tribunal y ello, porque a virtud de tales acontecimientos habría que casar el fallo impugnado, y decretada la casación la Corte actuaría entonces como juzgador de instancia y al colocarse en el lugar que corresponde al Tribunal no estaría limitada en el análisis del haz probatorio sino sólo por el principio de la no reformatio in peius.

"Sobre lo que es el error evidente de hecho, en la sentencia proferida en el ordinario de Urbano Osorio contra Compañía Suramericana de Seguros S. A., no publicada aún, la Corte dijo:

" '... el error de hecho trascendente que sirve para fundar un cargo triunfante en casación, es sólo el que reviste la calidad de palmario o evidente, por ofrecerse al entendimiento en toda su claridad con su simple enunciación; ya que el que no es de este linaje, no tiene virtud para sustentar un ataque dentro del marco de la causal primera.

" 'No basta para demostrar que el Tribunal haya cometido error para que deba procederse al aniquilamiento del fallo. Menester es que, como expresamente lo impera el artículo 368 del C. de P. C. en el segundo inciso del punto 1º, el yerro fáctico aparezca de modo manifiesto en el proceso, es decir, que sea ostensible. Y está muy bien que se consagre nítidamente esa apreciación, desde luego que el recurso extraordinario no es una tercera instancia en que la Corte le fuera dado revisar, sin limitaciones, todos los temas litigados por las partes y las apreciaciones que hayan hecho los juzgadores de instancia. Como el recurso de casación ciméntese en la certeza y no en probabilidades, y por cuanto los fallos que a la Corte suben en virtud de ese recurso, llegan amparados con presunción de que el sentenciador de instancia acertó en la apreciación y valoración del material probatorio, como en aplicación de las normas legales, es claro que la Corte solo puede variar las conclusiones a que en el campo fáctico haya llegado el fallador, cuando se acredite con evidencia, y así lo haya alegado el impugnante, que la deducción sacada por aquél contradice diáfanamente los hechos demostrados en el proceso. Si una determinada prueba admite dos o mas interpretaciones diferentes, que no están reñidas con la lógica, acoger una cualquiera de ellas no entraña la comisión de error manifiesto, desde luego que tal suceso no descompasa con la verdad procesal. Y aunque en el sentir de la Corte o del censor, la interpretación no acogida por el Tribunal o por el juez, fuese más ajustada a la lógica y consultara mejor los principios hermenéuticos, el simple hecho de que la otra no sea arbitraria ni contraevidente, sería bastante razón para que la Corte pudiera variarla, porque mientras no aparezca diáfanamente la arbitrariedad o la contraevidencia, los juicios del juzgador de grado son intocables' ".

No prospera, tampoco, esta censura.

Quinto cargo

25. Las pruebas mal apreciadas que se citan acá son éstas: a) el contrato del 18 de julio de 1969, tantas veces mencionado, por medio del cual "Ceisa" se obligó adquirir la cebada y transportarla primero de Francia a Puerto Ordaz y luego a Zipaquirá, pagando además todos los gastos hasta el momento de hacer entrega de ella a "Malterías"; b) los certificados expedidos por el administrador de rentas II y por el jefe de la Oficina Aduanera, funcionarios ambos de Ciudad Bolívar, y manifiestos de la carga embarcada en este puerto, que demuestran que, con una pequeña excepción, la mercancía siguió el camino al lugar de su destino después de una demora de más de treinta días allá; c) el diario de navegación del remolcador Meta, Manifiesto de la carga embarcada en el mismo y contrato de transporte celebrado entre "Ceisa" y "Navenal", de los que se deduce que en el cargamento puesto a flote había bultos manchados, incompletos, rotos, podridos, remendados y con muestras de haberse mojado y secado el ambiente de las bodegas donde estaba depositados; y d) certificado metereológico expedido por la estación correspondiente de Ciudad Bolívar, en el cual consta la gran humedad y precipitación que se presenta allí en los meses de septiembre a diciembre. La fundamentación se dejó reseñada en el numeral 18 de esta providencia, de la cual deduce: a) que el despacho de la mercancía se hizo inoportunamente; b) que por la demora en el envío de la cebada descargada en Ciudad Bolívar, debido a las lluvias y la humedad allí constantes sobrevino el siniestro; y c) que de él fue responsable culposa "Ceisa", habiéndole traspasado a "Malterías" esa culpa a cederle el derecho a reclamar la indemnización.

Se considera

a) Ciertamente, el despacho de la cebada desde Ciudad Bolívar con destino a Zipaquirá se hizo con retardo; pero como se dijo en el cargo anterior, la demora obedeció a descargue forzado, durante el cual la aseguradora continuaba amparando el riesgo en virtud de la cláusula de extensión, que allí se estudió y de la que se dedujo que el Tribunal no había errado en las conclusiones que sacó sobre el particular. Contra la cláusula tenida en cuenta por el fallador -11 de la póliza nada se alegó en este ataque, quedando entonces indemne la parte pertinente de la sentencia acusada.

b) Que está demostrado —como lo afirma el recurrente y que el Tribunal así lo aceptó, —que el siniestro acaeció precisamente en Ciudad Bolívar, no es totalmente cierto. En efecto:

(I) El ad quem dice que dicho siniestro se presentó en "el trayecto interior", que es distinto, como se puede deducir del informe rendido por el químico de "Malterías", según el cual a Zipaquirá llegaron bultos de cebada en buen estado, lo que indica que el daño no se presentó en el trayecto marítimo, por venir entonces la cebada a granel;

(II) el "trayecto interior", como aparece dicho en el certificado TR - 197874, comprende la ruta Puerto Ordaz - Zipaquirá, de manera que en cualquier punto de esa ruta, y no únicamente en Ciudad Bolívar, pudo acaecer el riesgo según el Tribunal. Por otra parte, está demostrado que por los ríos Orinoco y Meta se dan las mismas condiciones de lluvia y humedad existentes en ese Puerto;

(III) el que se embarcaron en el remolcador Meta unos bultos (cuántos ?) de cebada en pésimo estado, no indica que los enviados en barcos fluviales venezolanos y en remolcadores de la Armada Nacional, que fueron también utilizados, estuvieran en las mismas condiciones al comenzar su viaje, careciéndose totalmente de prueba a este respecto; y

(IV) El químico contratado por la compañía ajustadora no es enfático en su conclusión de que si el siniestro acaeció, precisamente, en Ciudad Bolívar, sino que ello es apenas "presumible"; lo que dice en realidad según concepto suyo analizado por el sentenciador, es lo siguiente: "Opino que según las notas del diario de navegación que vio, iniciada la descomposición en Ciudad Bolívar, aumentó en el trayecto fluvial por la alta temperatura, aunque explica que era muy difícil precisar dónde se inició el proceso, si en el trayecto marítimo o durante la permanencia en Ciudad

Bolívar, por falta de datos científicos, pero que la causa no fue la humedad en el trayecto fluvial porque ya estaba el cereal húmedo, más ella y la temperatura pudo acelerar el proceso. En virtud de que la cebada que vio en Tibitó, aunque ya estaba seca, no presentaba cristales de cloruro de sodio ni manchas de barro, signos que demuestran o que la humedad se recibió en aguas de mar o de río era lógico deducir que había sido agua lluvia, conjetura respaldada con el certificado de que en la época en que la cebada estuvo en Ciudad Bolívar llovió". De lo que el Tribunal dedujo que "como los técnicos dijeron y como se colige de las notas de embarque fluviales, la lógica indica que los rastros encontrados y por la ausencia de otros no vistos que los factores se presentaron en el trayecto interior".

De manera, pues, que la compañía aseguradora amparaba en virtud de la cláusula 11ª de la póliza automática, la cebada durante el lapso de su demora forzosa, por el descargue, transbordo y cargue, en Ciudad Bolívar; y que el siniestro se causó en el trayecto interior y no precisamente en esa Ciudad, pues el experto Ospina no lo afirma así enfáticamente, tratándose además de una declaración de testigo técnico puesto que, como lo dijo el fallador, "por ser químico farmacéutico estaba capacitado para testimoniar según el artículo 277 del C. de P. C.". No está demostrada, pues, la culpa de "Ceisa"; y, si la hubiera, ella no exoneraría a "Bolívar" del pago del siniestro a "Malterías" en virtud de lo dispuesto por el artículo 725 del C. de Co., según el cual "el asegurador responde de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados"; es decir, en este caso por culpa o dolo de "Ceisa" que, como lo dice el contrato del 18 de julio de 1969, en la cual se basa el cargo, era la encargada de estos menesteres y así lo recalca la impugnante. Además, según sentencia de esta Corporación, citada por el Tribunal, el artículo 654 del C. de Co., daba base para tener a "Malterías" como asegurada, sin necesidad de acción, por cuanto a ella se le había transmitido la propiedad de la cosa asegurada.

Esta censura, entonces, habrá de correr la misma suerte de las anteriores.

Sexto cargo

26. En éste se señalan como mal apreciadas estas pruebas: a) la carta del 7 de julio de 1969, en cuanto ella no contiene un contrato de seguros, ni la ampliación de los riesgos asegurados en la póliza automática, ni la modificación del trayecto asegurado en ella; y b) la condición 8ª, inciso 3º, de la misma póliza, "En cuanto en ella se establece que el pago de la prima 'entraña la expresa aceptación por parte del asegurado de todos los datos y condiciones estipulados en el certificado de seguro' ". El desenvolvimiento de este cargo se dejó sintetizado en el numeral 19 anterior, reduciéndose a concluir, luego de repetir lo dicho en otros, que "Ceisa" declaró por menor valor del real la mercancía asegurada, por lo cual es procedente el prorrateo contemplado en la póliza y en la ley.

Se considera

a) En cuanto a lo primero, es decir, a la errada interpretación de la carta fechada el 7 de julio de 1969, basta recordar que este aspecto se dilucidó en el despacho del cargo tercero anterior, sin que el impugnador hubiera tenido éxito en sus razonamientos. Es suficiente repetir ahora que el Tribunal basó sus conclusiones en la apreciación, "en conjunto", de la aludida carta, de la póliza TR - 3721, y del certificado TR - 197874. De manera que, aunque prosperase el cargo por errada apreciación de ese documento, quedaría la sentencia cimentada en el resto de pruebas apreciadas y no impugnadas ahora, que, como se vio antes, hace que ella continúe con la presunción de acierto con que viene acompañada.

b) Verdaderamente, el pago de la prima entraña la expresa aceptación, por parte del asegurado, de todos los datos y condiciones estipulados en el certificado de seguro. La prima, como se sabe, se determinó "provisionalmente" en el certificado del 30 de octubre de 1969, que se expidió, como allí aparece, como aplicación 28 de la póliza TR - 3721, agregando: "Seguros Bolívar hace constar que el presente certificado se expide de acuerdo con las Condiciones Generales y particulares de la póliza mencionada arriba, que el asegurado de-

clara conocer y aceptar". En las particulares se dijo que la suma asegurada se determinaría, en el trayecto marítimo, sumando al valor de la factura los gastos, los fletes, la prima y un 10% más; y en el trayecto interior, aumentando esa cantidad con los derechos de aduana, la prima correspondiente y el 10% adicional, entendiéndose, obviamente, que los fletes respectivos también se tendrían en cuenta, porque como se notó en otro aparte de esta sentencia el valor asegurado es el de costo de la mercancía por ser contrato de mera indemnización que incluye técnicamente los desembolsos que se hagan hasta ponerla a disposición del importador, para su transformación industrial en este caso, siendo todos los fletes componentes de él, en consecuencia. El artículo 29 del C. C. respalda esta afirmación.

Contempla el valor asegurado, pues, las primas y los fletes: las primeras se fijaron provisionalmente, pues tanto "Ceisa" como "Bolívar" y "Asecolda" desconocían la ruta contemplada en el certificado de seguros, reservándose la aseguradora la facultad de cobrar una mayor cuando la tasa definitiva fuese fijada, como lo fue posteriormente, habiéndose entonces expedido el certificado TR - 8053, del 15 de abril de 1970, que estableció una diferencia de $231. 346.93 por el ajuste de tasa en los trayectos marítimos e interior ya que los anteriores eran provisionales..."; los fletes, por la misma razón de tratarse de una novísima ruta, no se conocían exactamente el 17 de julio de 1969, fecha desde la cual comenzó el amparo según el certificado TR-197874, por lo menos en el trayecto interior. Siendo estos dos factores del costo desconocidos y provisionales, la cantidad asegurada también lo era, porque de tales sumandos no puede deducirse un total firme y definitivo, máxime cuando el 10% de imprevistos se aplicaba a ella. Esto fue lo que dijo el Tribunal, como aparece de la transcripción que de lo pertinente de su sentencia se hizo al reseñarla, de manera que se ciñó, según lo hizo constar también, a la póliza automática y al certificado últimamente citado. Por lo que no puede deducirse el error de hecho que se le endilga, pues sus conclusiones son lógicas y lejos están de ser absurdas y contraevidentes. Conclusión esta respaldada, además, con esta consideración: como se vio atrás, en el contrato del 18 de julio se estipuló como valor de factura de compra de la cebada al de US $88.940.00, del que partió el determinado en el certificado y el mismo valor tomaron en cuenta los peritos, lo que está indicando que los factores que variaron, para llegar éstos a una cifra más alta, fueron los demás: fletes, primas, etc.

En cuanto a las restantes observaciones que para finalizar la fundamentación del cargo en estudio hace el recurrente, se tiene:

a) No es verdad que el sentenciador, para sentar sus conclusiones, hubiese partido de la base de que se estaba en presencia, únicamente, de un seguro automático de transportes y no de un voluntario, como es el que consta en el certificado. Lo que él dijo, con sometimiento por cierto a los principios generales de esta clase de seguro, tal como se dejaron expuestos en anterior oportunidad, fue para la solución del problema sometido a su consideración había necesidad de interpretar "en conjunto" tanto la llamada por la Corte póliza flotante como el certificado expedido con aplicación a ella que, según ya se tiene sabido, forman un solo todo.

b) Tampoco, como se vio en el cargo primero, la automaticidad de la póliza se había perdido, como consecuencia de no haberse dado, por escrito y anticipadamente, noticia a la aseguradora de la iniciación del transporte de la mercancía amparada. Sobra repetir lo que allí se dijo sobre el particular.

c) Por último, en lo referente al prorrateo del seguro, el Tribunal dijo que no era precedente porque contemplándose cifras de costo provisional, el valor de la mercancía que aparece en el certificado también lo era, siendo tal valor el "que realmente podía declarar en ese momento", como la aseguradora lo sabía porque ella misma conocía la incertidumbre de la venta. "Luego el amparo que otorgó no lo fue creyendo que lo declarado por Ceisa eran los valores definitivos, sabía que eran los conocidos..." Ya se vio que esta conclusión no es contraevidente.

No prospera, tampoco, esta censura.

Séptimo cargo

27. Este, que ya es diferente de los anteriores y en el que se citan como violadas normas distintas, está formulado así:

"La sentencia es violatoria de los artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 2036 y 1080 del C. de Co. actual, por falta de aplicación; y por aplicación indebida de los Arts. 25 de la Ley 105 y 3º de la Ley 69 de 1928".

Su fundamentación la hizo el impugnante en los siguientes términos:

"El Tribunal condenó a la sociedad aseguradora a pagar la indemnización demandada con los intereses corrientes, aumentados en cinco puntos, desde la fecha en que se hizo la reclamación hasta el día en que se efectúe el pago, pero a la sanción en esa cuantía solamente podía condenarla, si la condena al principal procediera, por el lapso transcurrido desde la primera fecha hasta el día en que entró a regir el nuevo Código de Comercio, o sea el 1º de enero de 1972, según Art. 2036 del mismo, pues de ahí en adelante la indemnización no puede ser sino del 18%, conforme al artículo 1080 de tal obra.

"El Art. 25 de la Ley 105 de 1927 aclarado por el 3º de la Ley 89 de 1928, entronizaba una sanción diferente, o sea el interés corriente aumentado en cinco puntos. Por tanto, si las dos normas establecen sanciones distintas para el no pago oportuno del seguro, es preciso tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aplicable según el 2036 del C. de Co. actual, dispone: 'En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración', salvo las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido'.

"Aquí la infracción de no pagar el seguro se habría cometido en parte bajo el imperio de la ley anterior, y por tanto debía ser penada con arreglo a lo que establecían las Leyes 105 de 1927 y 89 de 1928 durante el tiempo transcurrido desde la fecha de la reclamación hasta la de la vigencia del nuevo Código; pero de ésta en adelante debía penarse con aplicación de la nueva Ley, o sea con un interés del 18% anual. Y como así no se hizo, pues la sanción se impuso en toda su extensión conforme a lo preceptuado en los Arts. 25 de la Ley 105 de 1927 y 3º de la Ley 89 de 1928, éstos fueron indebidamente aplicados, los demás citados dejaron de aplicarse, y el cargo resulta probado".

Se considera

El Tribunal condenó a la demandada a pagar, además de la indemnización, el interés corriente sobre tal cantidad, más el 5% anual a partir del vencimiento de los 90 días siguientes a la fecha de la reclamación, aplicando sobre el particular el artículo 25 de la Ley 105 de 1927 y la reforma que al mismo le hizo el 3º de la 89 de 1928.

El precepto 1080 del Código de Comercio actualmente vigente, que el censor opina que ha debido aplicarse, dispone que el interés a pagar en estos casos es el del 18% por año, sin recargo adicional; el 2036 ibídem, que también lo estima violado el recurrente por falta de aplicación, dispone que "los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos" (es decir, "lo que se sigue por virtud de una causa", como define el término la Real Academia) reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887; y la primera de estas últimas disposiciones dice que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", excepción hecha de las "que señalan penas para el caso de infracción a lo estipulado", la cual infracción "Será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiera cometido" (se subraya).

Pues bien, el cargo en estudio está destinado al fracaso por dos razones, a saber:

a) Porque en él no se mencionó causal alguna del artículo 368 del C. de P. C., tal como lo manda el artículo 374-3 ibídem, lo que hubiera sido suficiente para declarar desierto el recurso en cuanto a la censura en comento por falta de un requisito formal de la demanda, como lo establece el artículo 373-4 de la obra en cita. Requisito este, por otra parte, de carácter sustancial. "De ahí que —ha dicho la Corte— el mismo Código establezca, Art. 531 (hoy

373), las condiciones formales que debe reunir una demanda de casación; contendrá el resumen de los hechos materia de la controversia parte accidental), expresando en seguida la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con indicación en forma clara y precisa de todos los fundamentos de ella, y la cita de los textos legales que el recurrente estime infringidos (parte sustancial)" (XLVII, 713).

b) Porque de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, la regulación del interés —que es una pena— está bien hecha por el Tribunal. En efecto, esa norma dispone que la infracción, en este caso el retardo en el pago de la indemnización, que fue pedido oportunamente, "será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiese cometido"; y de la reseña del negocio, que se hizo en la parte pertinente de esta sentencia, se deduce sin lugar a duda alguna que la infracción penada se cometió en el año de 1970, en el que se formuló la reclamación, es decir, con mucha anterioridad al 1º de enero de 1972.

Dice el censor que "aquí la infracción de no pagar el seguro se habría cometido en parte bajo el imperio de la ley anterior..." y en parte bajo la vigencia del nuevo Código de Comercio, en lo cual está totalmente equivocado. La infracción de no pagar el seguro se cometió bajo la vigencia de la legislación anterior, como se demuestra con la sola lectura del artículo 25 de la Ley 105 de 1927, que dice:

"Toda compañía de seguros queda en la obligación de pagar el aseguro contratado dentro de los noventa días siguientes al en que el asegurado o quien lo represente, o el beneficiario o quien lo represente, según el caso, haga la reclamación aparejada de los comprobantes que, según la póliza, sean indispensables. Vencido este plazo, la compañía reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la indemnización, un interés igual al corriente, más el 25 por ciento (reducido al 5% por la Ley 89 de 1928, Art. 3º) anual computado desde el vencimiento de los noventa días..."

De manera que el interés se causa por el no pago del seguro contratado dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la reclamación, hecha en forma como es el caso, sin que sobre el particular la demandada haya discutido nada. La mora en el pago de la indemnización, que causa el interés, se sucede vencido ese plazo; y desde entonces, por tanto, se debe.

No prospera, pues, este último cargo.

Como consecuencia 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 recurrida pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de noviembre de 1976 y de que se ha venido haciendo mérito.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

FILIACION NATURAL PETICION DE HERENCIA

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

(Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entra la Corte a desatar el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 4 de febrero de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Blanca Stella Reyes de Cáceres y otros frente a los herederos de Emilio o Germán Emigdio Gómez Hoyos.

II
El litigio

1. En demanda presentada el 19 de noviembre de 1969, Blanca Stella Reyes de Cáceres, Jaime Emilio Reyes y Hernando Devis Echandía, este último como cesionario del 30% de los derechos de los dos primeros, citaron a proceso ordinario a María Amelia y María Pastora Gómez Hoyos, a Roberto, Isabel, Gabriela de Jesús, Guillermo y Jorge de Jesús Gómez Uribe, y a Elías, María Josefina, Clara Eugenia y Alvaro Gómez Angel, todos como herederos de Emilio Gómez Hoyos, en su calidad de hermanos y sobrinos, para que se declarase que Blanca Stella y Jairo Emilio son hijos naturales de Marina Stella Reyes y Emilio o Germán Emigdio Gómez Hoyos, por lo cual tienen derecho a suceder a éste con exclusión de los demandados; para que se ordenase a éstos restituir a los demandantes la posesión material de los bienes hereditarios con sus frutos, y para que, en el caso de haberse practicado ya la partición de bienes en la mortuoria de Emilio Gómez Hoyos, se deja sin valor ese trabajo y la sentencia aprobatoria, lo mismo que sus registros en la oficina de Registro de I.I.P.P.

2. La causa petendi se hizo consistir en que desde el año de 1936 hasta 1950, en las poblaciones del Líbano y Armero, Emilio Gómez Hoyos convivió, bajo un mismo techo y de manera pública y notoria, con Marina Stella Reyes; que dentro de este lapso fueron concebidos y nacieron los demandantes Blanca Stella y Jairo Emilio, a quienes desde entonces su padre dio posesión notoria del estado de hijos naturales suyos; que esta posesión duró hasta el año de 1951, cuando la madre rompió relaciones con Emilio Gómez Hoyos y se trasladó a vivir a Bogotá; que Blanca Stella nació el 16 de febrero de 1937 y Jairo Emilio el 20 de julio de 1938; que Emilio Gómez Hoyos murió soltero e intestado en Bogotá el 28 de octubre de 1968; que, en calidad de hermanos y sobrinos legítimos, se presentaron como sus herederos los demandados, quienes están poseyendo las cosas hereditarias desde la muerte de aquél, y, finalmente, que los demandantes cedieron a Hernando Devis Echandía el 30% de sus derechos sucesorios.

3. La demanda fue admitida por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá por auto del 26 de noviembre de 1969, y aunque se expresó que se dirigía contra la sucesión de Emilio Gómez Hoyos, el Juzgado cometió el error de manifestar que ésta estaba "representada por sus herederos Amelia y María Pastora Gómez, como hermanas del causante, y Roberto, Isabel, Gabriela de Jesús, Jorge y Guillermo Gómez Uribe, como sobrinos del mismo", dejando por fuera de esta enumeración a los cuatro demandados Gómez Angel; como lo había solicitado el demandante por desconocer el lugar de sus residencias, se ordenó el emplazamiento de los demandados. En el edicto emplazatorio y en las publicaciones que de él se hicieron se citaron a pro-

ceso, designándolas por sus nombres y apellidos, a todas y cada una de las personas contra quienes estaba dirigida la demanda, con excepción de la sobrina Gabriela de Jesús, en cuyo lugar se emplazó a Graciela de Jesús.

Hecho el emplazamiento, por auto de 28 de febrero de 1970 se designó al Dr. Leonardo Sanz Araoz como curador ad litem de los emplazados. Posesionado éste y discernido el cargo, el 20 de marzo siguiente se le hizo personal notificación del auto admisorio de la demanda como curador de "varios demandados" y se le corrió traslado de la demanda, traslado que descorrió al dar respuesta a la misma en el sentido de atenerse a los hechos que se prueben.

Abierto el ciclo probatorio y decretadas y practicadas las pruebas, en escrito de 21 de mayo de 1970 (fls. 2 a 4 del cuaderno 3º), la demandada Isabel Gómez Uribe solicitó, por intermedio de apoderado, que se declarara la nulidad del proceso, pues la parte demandante sí conocía la vecindad de los herederos de Emilio Gómez Uribe. Tramitado el incidente, el Juzgado negó decretar la nulidad apoyado en que una cosa es la vecindad y otra la residencia y que los demandantes ignoraban la casa u oficina donde residían los demandados. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de 10 de diciembre del mismo año, no obstante estar de acuerdo en que no existía nulidad por el aspecto alegado de ignorarse el lugar de residencia, revocó la providencia apelada y en su lugar anuló "todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda inclusive", pues cinco de las personas demandadas no fueron mencionadas en el auto admisorio y, además, porque quedó mal hecho el emplazamiento de la heredera Gabriela de Jesús Gómez Uribe, puesto que en el edicto y en sus publicaciones se hizo referencia a Graciela de Jesús, persona distinta.

4. Así las cosas, por auto de 9 de febrero de 1971 se admitió nuevamente la demanda contra cada uno de los demandados y en proveído de 31 de marzo siguiente se ordenó su emplazamiento. El 29 de abril siguiente se fijó el edicto correspondiente cuya copia fue publicada luego y el 29 de mayo se hizo personal notificación del auto admisorio a Isabel Gómez Uribe y de ahí en adelante fueron notificados los demás demandados en la misma forma.

5. La primera instancia del proceso finalizó con sentencia de 31 de mayo de 1975 en que se acoge la pretensión de filiación natural, pero negándole efectos patrimoniales a esa declaración. Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 4 de febrero de 1976, confirmó la declaración de filiación y revocó en lo demás la sentencia recurrida, para acoger la pretensión de petición de herencia y, en consecuencia, ordenar que a los demandantes, como herederos de mejor derecho, se les adjudique toda la herencia y que los demandados les restituyan las cosas hereditarias con sus frutos. Entonces, éstos interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

III

Fundamentos de la sentencia del ad quem

Expresa éste, en síntesis y relativamente a lo que entraña la inconformidad del recurrente, ya que en la demanda, como luego se verá, no se ataca la declaración de filiación natural, sino sólo el hecho de haberle otorgado a éste efectos patrimoniales.

a) Que, como lo falló la Corte en sentencia de 20 de junio de 1975, el término de caducidad a que se refiere el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 debe empezar a contarse desde el 1º de marzo de 1969, pues Emilio Gómez Hoyos había muerto el 29 de octubre de 1968, cuando aún no había entrado en vigor la ley Cecilia.

b) Que los demandantes Reyes no dejaron para última hora la presentación de la demanda en que ejercitaron la pretensión de filiación natural, pues ese hecho ocurrió el 19 de noviembre de 1969 y ya para el 25 de febrero siguiente, después de cumplidas las diligencias de emplazamiento, se designó curador ad litem a los demandados, a quien el 20 de marzo se le hizo notificación personal del auto admisorio de la demanda.

c) Que si luego se decretó la nulidad de todo lo actuado ello se debió, en parte, a culpa del Juez del conocimiento.

d) Que el nuevo auto admisorio se decretó el 9 de febrero de 1971, cuando aún

no tenía dos años de vigente la Ley 75; y que, si bien es cierto que la notificación de ese auto se hizo después del expresado bienio, no lo es menos que era imposible hacer las diligencias respectivas "dentro de los pocos días que faltaban para que se extinguiera aquel lapso preclusivo".

Con los anteriores soportes el Tribunal concluye, acogiendo tesis de la Corte expuesta en fallo de 10 de noviembre de 1976:

"Se tiene, pues, que la demanda que dio origen a este proceso fue presentada dentro de la oportunidad prevista por la ley para que el reconocimiento del estado civil en ella impetrado pudiera producir las consecuencias patrimoniales reclamadas en tal libelo, que los demandantes desplegaron la actividad necesaria para obtener que los demandados quedaran notificados de la demanda dentro de dicho lapso; que de la nulidad que se decretó de la anterior actuación también fue responsable el Juez del conocimiento, y que posteriormente los demandantes procuraron conseguir rehacer la actuación anulada dentro del término a que se viene haciendo referencia, obteniendo que el Juez volviera a dictar, también dentro de dicho término, el nuevo auto admisorio, habiendo sido imposible su notificación dentro del mismo término.

"Lejos estuvo, pues, del ánimo de los demandantes Blanca Stella y Jairo Emilio Reyes ocultar a quienes ostentaban el título de herederos de Germán Emigdio o Emilio Gómez Hoyos su pretensión de estado civil de hijos naturales de dicho causante, con la finalidad de entrabar la trasmisión, mortis causa, del patrimonio de aquél, pues, la demanda en que ejercitaron tal pretensión fue presentada con la suficiente anticipación para que de ella tuvieran conocimiento quienes aparecían como herederos del causante en referencia, antes de que se produjera la decadencia de sus consecuencias patrimoniales. Sólo que, en virtud de errores imputables al Juez del conocimiento y también el curador que en un principio se les nombró a los demandados, quien no observó los errores en que se incurrió en el emplazamiento que precedió a su nombramiento, errores a los cuales se les dio mayor trascendencia de la que tenían, se decretó una nulidad que no podía beneficiar a todos los demandados y que trajo como consecuencia que las nuevas notificaciones quedaran hechas fuera del término de la Ley 75 de 1968, aunque el segundo auto admisorio de la demanda fue pronunciado dentro de él, lo cual pone de presente que la voluntad de los demandantes siempre fue la de que los demandados quedaren vinculados al proceso antes de que se extinguiera aquel lapso.

"Si bien es cierto que la Honorable Corte tiene definido que el término establecido por el aparte 4º del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 es de caducidad y no de prescripción, también lo es que ha considerado y aceptado que, en casos como el contemplado en este proceso, la presentación de la demanda dentro del término previsto por aquella ley es suficiente para que no se produzca la extinción de los derechos patrimoniales consecuenciales al reconocimiento del estado civil de hijo natural, aunque la notificación a los demandados se realice fuera del referido lapso de dos años, pues, con ello se admonizan y equilibran los derechos de los hijos naturales a recibir la parte o el todo, de los bienes que su padre dejó al morir con los de las personas que en defecto de aquéllos estén llamadas a recibir esos bienes".

Finalmente dice el ad quem: "precisa agregar que el comportamiento de los demandados está indicando que solo esperaban la extinción de aquel término para presentarse al proceso, pues, no de otra manera se explica que por la época en que se les estaba emplazando, se recepcionaba fuera del proceso a los testigos que posteriormente se ratifican en su curso tal como demuestra la actuación que aparece a folios 10 a 28 del cuaderno séptimo".

IIII

La demanda de casación

Dos cargos lanza el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera.

Primer cargo

Está formulado así: "Con apoyo en la primera de las causales de casación que consagra el artículo 368 del C. de P. C., acuso el fallo del Tribunal de haber violado directamente, por interpretación erró-

nea, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968; y, por aplicación indebida, los artículos 964, 1321, 1322, 1323, 1405, 1740, 1741, y 1746 del Código Civil, 20 de la Ley 45 de 1936, 8º de la Ley 153 de 1887, y 90 del Código de Procedimiento Civil".

Desarrollándolo dice el censor, en síntesis, que se violó el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, pues cuando el auto admisorio de la demanda se notifica después de expirados los dos años siguientes a la muerte del padre, el fallo de paternidad no conlleva efectos patrimoniales en favor del hijo. Añade que ese plazo de dos años es de caducidad y no de prescripción, por lo que no puede ser regulado por el artículo 98 del C. de P. C., ni puede ampliarse o interrumpirse con la presentación de la demanda.

Luego expresa que como el presunto padre falleció el 28 de octubre de 1968, el término de caducidad de dos años debe contarse a partir del 1º de marzo de 1969. Que como en este proceso lo actuado inicialmente, inclusive la notificación del auto admisorio, fue declarado nulo en providencia de 10 de diciembre de 1970, dictada por el Tribunal, y como al reponerse la actuación se hizo la notificación del auto admisorio con posterioridad al 1º de marzo de 1971, resulta patente que la sentencia de paternidad no podía producir efectos patrimoniales.

Después formula interesante crítica a la última doctrina de la Corte relativa a que cuando habiéndose presentado en tiempo la demanda, su auto admisorio no logra notificarse dentro del plazo de caducidad, por culpa o dolo de los demandados o por negligencia de los funcionarios judiciales, y el demandante ha desarrollado actividad normal para que la notificación se haga oportunamente, entonces la simple presentación de la demanda tiene virtud para suspender la caducidad.

Termina el recurrente solicitando a la Corte que vuelva a su inicial doctrina de que el término de caducidad sólo se detiene con la notificación del auto admisorio, pues la presentación de la demanda en ningún caso puede interrumpir el plazo fatal de caducidad que sigue corriendo. Con tal fin expone, en síntesis:

a) que como el plazo es de caducidad y no de prescripción, si el acto procesal de la notificación no se realiza dentro de él, la sentencia de paternidad no tiene efectos patrimoniales, pues ese fenómeno participa indudablemente de la naturaleza de la preclusión;

b) que el término de 2 años no es para que dentro de él se ejercite un derecho, sino para que se ejecute el acto procesal de la notificación del auto admisorio;

c) que siendo perentorio el dicho término de 2 años y clara la norma que lo establece, no se puede, sin violar la ley, ampliarlo hasta el punto de darle la inteligencia que la sola presentación de la demanda satisface las exigencias que la ley puntualiza para la notificación del auto admisorio;

d) que si el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, fuera vago, que no lo es, menester sería acudir a la historia fidedigna de su establecimiento, donde se prescribe que el legislador fijó aquel término fatal "a fin de evitar los abusos que se venían cometiendo con las demandas de filiación presentadas años después de muerto el presunto padre natural";

e) que siendo de caducidad ese plazo, es fatal, preclusivo e improrrogable, por lo cual "en ningún caso la notificación del auto admisorio de la demanda con posterioridad al vencimiento de los dos años tiene virtud para darle a la sentencia de filiación efectos patrimoniales; y

f) que el solo hecho del ocultamiento o de la ausencia de los demandados no puede ser causa para modificar la ley en el sentido de que en tal evento la simple presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad, pues en uno y otro casos la ley enseña cómo se debe notificar el auto admisorio, previos los emplazamientos que deben hacerse a tono con los artículos 318 y 320 del C. de P. C., trámite que en ningún caso excedería a 2 ó 3 meses.

Segundo cargo

En él se denuncia violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y aplicación indebida de los artículos 954, 1321, 1322, 1323, 1405, 1740, 1741 y 1746 del C. C., 20 de la Ley 45 de 1936, 8º de la 153 de 1887 y 90 del C. de P. C., a causa de los evidentes erro-

res de hecho en la apreciación de unas pruebas y preterición de otras.

Expresa el recurrente que pocos meses después de la muerte de Emilio Gómez se presentó la demandada de filiación natural y, por desconocerse la residencia de los demandados se les emplazó y se les nombró curador ad litem, a quien se hizo notificación personal del auto admisorio de la demanda, y que como no fueron bien hechos los emplazamientos, se anuló toda la actuación y se ordenó rehacer la tramitación. Repuesto el rito, se hizo notificación del auto admisorio de la demanda, cuando ya habían pasado más de dos años, contados desde la vigencia de la Ley 75. Que el no haberse hecho en tiempo esa notificación se debe a culpa de los demandantes, pues fueron ellos los que dieron lugar a que se anulara la actuación precedente, pues, no obstante que fueron once los demandados, en el auto admisorio de 26 de noviembre de 1969 sólo se admitió en relación con siete, dejando por fuera a los cuatro restantes: Elías, María Josefina, Clara Eugenia y Alvaro Gómez Angel, sin que se hubiera impugnado esa decisión por la parte demandante. Que las copias del edicto emplazatorio contenían errores como el de llamar Graciela a la demandada Gabriela Gómez Uribe, no indican que los demandados lo fueron como herederos de Emilio Gómez Hoyos y en su propio nombre y comprender a los cuatro herederos que habían sido omitidos en el auto admisorio de la demanda. Que en la notificación hecha al curador no se indicó uno a uno el nombre de las personas a quienes iba a representar, a pesar de que en la diligencia de posesión sí se hizo esa designación con el agravante de que se cambió por el nombre de Graciela el nombre de la heredera Gabriela Gómez Uribe y fueron incluidos los cuatro demandados omitidos en el auto admisorio. Que todas estas irregularidades brillan al ojo, por lo cual obró culposamente el demandante cuando las pasó por alto y solicitó el adelantamiento de un proceso viciado de nulidad.

Después de formular serias críticas al Tribunal por cuanto afirma que no hubo negligencia de los demandantes y que los demandados sólo esperaban que se extinguiera el término de caducidad de dos años para presentarse al proceso, puntualiza así los yerros que le endilga:

a) No vio que la parte demandante, al no interponer recurso contra el auto admisorio inicial, obró culposamente.

b) No vio que el edicto emplazatorio cambió el nombre de la demandada Gabriela, ni expresó en qué calidad se llamaba a los demandados, por lo cual también obró negligentemente la parte demandante al no haber reclamado contra tales irregularidades.

c) Tampoco vio que el curador se posesionó como representante de los once herederos demandados, siendo que la demanda sólo se admitió contra siete. Hecho contra el cual no reclamó la parte demandante.

d) Tampoco percató el Tribunal que por culpa de los demandantes se adelantó la actuación, no obstante que al curador se le notificó el auto admisorio, sin indicarse a nombre de quiénes actuaba y manifestándose solamente que lo hacía como curador de "varios demandados".

e) No vio el Tribunal que es constitutivo de culpa imputable a la parte demandante el haber dejado transcurrir la actuación con las graves irregularidades antes precisadas, constitutivas de nulidad.

f) No observó que los apuntados defectos afectaban el emplazamiento de los demandados, cada uno de los cuales podía entonces demandar la nulidad.

g) Alteró el contenido del auto que anuló lo actuado, pues no obstante que en él se condena a la parte demandante y el juez, solo vio la culpabilidad de éste y no vio también la de aquélla.

h) "Hizo producir efectos patrimoniales a la sentencia de filiación respecto de todos los demandados, inclusive aquéllos respecto de los cuales el propio demandante reconoció que no podía producirlos".

i) No vio que la demandada Gabriela y los cuatro herederos que no fueron comprendidos en el primer auto admisorio de la demanda, lo mismo que los restantes, sólo quedaron legalmente vinculados al proceso en virtud de la notificación que se les hizo del segundo auto admisorio, lo que ocurrió pasado ya el término de caducidad del artículo 10 de la Ley 75 de 1968.

De todo lo anterior concluye el impugnante que por cuanto no se da ninguno de los supuestos en que descansa la doctrina

expuesta en fallo de 10 de noviembre de 1976, el Tribunal violó las normas indicadas al inicio de la censura, por lo cual debe casarse el fallo recurrido.

La impugnación finaliza así:

"Para el caso improbable de que la H. Corte llegare a considerar que el emplazamiento de los demandados frente a los cuales se admitió la demanda en auto del 26 de noviembre de 1969, y la notificación del mismo al curador ad litem, se hicieron en legal forma, con exclusión, obviamente de Gabriela de Jesús Gómez Uribe, solicito se reforme la sentencia del Tribunal en el sentido de decidir que el fallo de filiación natural no produce efectos patrimoniales contra Gabriela de Jesús Gómez Uribe, ni contra Elías, María Josefina, Clara Eugenia y Alvaro Gómez Angel, por no haber sido éstos parte en el proceso y serles, por tanto, inoponible el fallo de filiación, tal como lo pidió la parte demandante en su alegato de conclusión".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Ha de observarse, en primer lugar, que ni Guillermo Gómez Uribe, ni Elías Gómez Angel interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Y si bien es cierto que, como se ve en el escrito de folios 84 del cuaderno 11, Guillermo constituyó apoderado, no lo es menos que ni éste ni el mandante interpusieron contra el fallo del ad quem remedio procesal alguno. Por tanto, relativamente a esos dos demandados, la sentencia de segunda instancia está en firme. Y no obstante que los demás sí interpusieron el recurso de casación, éste no puede aprovecharles, porque el litis consorcio pasivo formado entre quienes componen la parte demandada es de los llamados voluntarios.

2. La Ley 75 de 1968 es estatuto que, indudablemente, tiende a levantar la condición de los hijos extramatrimoniales, ya mejorada por la Ley 45 de 1936; en ninguno de sus aspectos podría interpretársele como normatividad encaminada a restringir o debilitar los derechos que, sucesivamente, se les ha ido otorgando.

Y a pesar de que en el último inciso del artículo 10 de dicha ley se dispone que la sentencia que declare la paternidad natural, en proceso que, por haber muerto el presunto padre, se promueve contra sus herederos, sólo producirá efectos patrimoniales en contra de quienes hayan sido parte en el proceso y únicamente cuando el auto admisorio de la demanda se haya notificado dentro de los dos años siguientes a la defunción, tal precisión no comporta certenamiento de derecho alguno de los hijos extramatrimoniales, sino que apunta a reglamentar el ejercicio de la investigación de la paternidad, procurando equilibrio entre el derecho que tiene todo ser humano de averiguar quiénes son sus progenitores y el que tienen los herederos del padre fallecido a no quedar al capricho de quien quiera sorprenderlos con una tardía demanda, haciéndoles así más dificultosa su defensa por los efectos de largo tiempo transcurrido. La Corte, como se lee, entre otras, en su sentencia de 29 de junio de 1975, aún no publicada en la Gaceta Judicial, ha sostenido que "con la limitación del artículo 10 no quiso el legislador, aunque lo podía, negar los efectos patrimoniales inherentes a la acción de filiación, a quienes no la habían propuesto dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre, sino que buscó señalar un término equitativo para proponerla, con el fin de que los herederos del progenitor difunto no tuvieran que permanecer indefinidamente sometidos a sorpresivas demandas que, con frecuencia, se presentaban intencionalmente muchos años después de la defunción de aquél, con el propósito definido de hacer más difícil la defensa de los demandados."

El claro fin perseguido con la disposición memorada es, pues, el de que los herederos, frente a quienes por muerte del padre presunto deba ventilarse el proceso de investigación de la paternidad natural, sean citados a juicio, en cuanto sea posible, dentro de un término prudencial fijo, contado a partir de la defunción de aquél, lapso que la ley fijó en un bienio y que la experiencia ha demostrado ser extremadamente breve.

3. La Corte, puestos los ojos en el fin perseguido por el último inciso del artículo 10 precitado y desde luego que el término fijado allí no es de prescripción sino de caducidad, estima también que no cabe en

el punto aplicar la disposición contenida en el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil. Una vez se haga notificación oportuna del auto admisorio de la demanda de filiación natural, con relación a los herederos que fueron bien notificados cesa desde entonces la limitación impuesta en el artículo 10; para ellos ya no sería sorpresiva nueva demanda en que la sujeta materia fuese la paternidad natural, o la nueva notificación del mismo auto admisorio, o la de uno nuevo dictado en el mismo proceso.

El heredero demandado que fue oportuna y debidamente notificado del auto admisorio de la demanda, ya personalmente, ya por intermedio de apoderado, ora asistido por representante legal, ora a través del curador ad litem, no podrá después sustraerse, en caso de sentencia que acoja la pretensión de paternidad natural, a los efectos económico patrimoniales propios del fallo que declara la filiación. Y aún en el caso de que, erradamente, el juzgador declarase nula la notificación, o ésta y el auto admisorio de la demanda, la inicial notificación llevada a cabo sin violación de norma legal alguna, tendría que seguir produciendo el singular efecto de no impedir que el fallo genere efectos patrimoniales. Mas si no se olvida que los autos ilegales, los proferidos al margen de la ley, así estén ejecutoriados, no pueden vincular al Juez obligándolo a que acepte efectos que se producirían contra legem y no secundum ius, como lo ha sostenido la Corte.

4. Descendiendo del campo de la teoría al terreno del caso litigado en este proceso, se observa que la demanda fue inicialmente admitida por auto de 26 de noviembre de 1969 (fl. 91 del cuaderno 1º), providencia en la cual se cometió la imprecisión de decir que la sucesión de Emilio Gómez estaba representada por sus dos hermanas y sus sobrinos Gómez Uribe, pasándose en silencio a los otros sobrinos demandados, los Gómez Angel, también designados individualmente en el libelo introductorio del proceso como sucesores a título universal.

Cabe observar, empero, que el auto apuntado reza así en lo pertinente:

"Admítese la anterior demanda ordinaria de mayor cuantía propuesta por Blanca Stella Reyes de Cáceres, Jairo Emilio Reyes y Hernando Devis Echandía contra la sucesión de Emilio o Germán Emigdio Gómez Hoyos, representada por sus herederos María Amelia, María Pastora Gómez, como hermanos del causante, y Roberto, Isabel, Gabriela de Jesús, Jorge y Guillermo Gómez Uribe, como sobrinos del mismo. . . .

De ella dése traslado a cada uno de los demandados por el término legal de 10 días.

"Cópiese la demanda en el libro respectivo.

"Emplácese a los demandados en los términos del artículo 317 del C. J. . . . . ."

De la transcripción que precede, en que las subrayas son de la Corte, y teniendo de presente que en la demanda introductoria del proceso están señalados los demandados uno a uno, con sus nombres y apellidos, es decir por cabezas y no por estirpes, pues allí se convocan las dos hermanas del difunto, los cinco sobrinos Gómez Uribe y los cuatro Gómez Angel, indispensable se hace concluir que la demanda admitida fue "la anterior", como lo precisa el auto admisorio; que el traslado de la misma se ordenó a dar a cada uno de los demandados en el escrito introductorio de este proceso y no a cada una de las personas que señala el auto admisorio y, finlamente, que no fueron éstas las que ordenó emplazar el Juez de la causa, sino que el emplazamiento se decretó para los demandados, como también lo reza textualmente el auto mencionado.

Refuércese la conclusión que antecede considerando que la ley ritual en ninguna parte impera que el auto admisorio de la demanda deba expresar el nombre de cada uno de los demandantes y demandados, circunstancia que sí debe aparecer expresamente en la demanda para que ese escrito pueda considerarse demanda en forma (artículos 75 y 85 del C. de P. C.). De contera se advierte que en el auto admisorio no se dice que la demanda se inadmita contra los cuatro sobrinos demandados de apellido Gómez Angel; simplemente fueron omitidos por el Juez entre los "representantes" de la sucesión de Emilio Gómez Hoyos. El pasar en silencio en el auto admisorio de la demanda el nombre de unos demandados no puede equipararse a decir que la demanda se rechaza con relación a

ellos. Si a tal episodio pudiera dársele esa inteligencia se llegaría al absurdo de sostener que cuando el auto inicial del proceso se limita a expresar que se admite la demanda, omitiendo el nombre de los demandados, como suele ocurrir, debería entenderse que por ese auto se rechaza el libelo que se admite.

No puede quedar duda, entonces, de que la demanda fue admitida, y admitida contra todas las personas que como demandados señala el escrito demandador y no exclusivamente contra las que fueron designadas en el auto admisorio.

5. Ahora bien, como la parte demandante desconocía la "residencia" de los demandados, se ordenó su emplazamiento. Todos fueron en efecto emplazados, menos uno. Un error relativo a la heredera Gabriela de Jesús Gómez Uribe, permite afirmar que no fue emplazada en legal forma. La citación, aunque parecida, no se le hizo a ella, sino a Graciela de Jesús Gómez Uribe. Esta fue la persona emplazada, pues tanto en el edicto que se fijó en la secretaría del Juzgado por el término legal, como en las publicaciones que se hicieron en la prensa, se llama Graciela de Jesús y no a Gabriela de Jesús Gómez Uribe. Después, como ninguno de los emplazados atendió al llamamiento en el término de ley, el Juzgado determinó que todos ellos fueran representados por el curador ad litem que designó para tal efecto y a quien, oportunamente, se le hizo oportuna notificación del auto admisorio de la demanda el 20 de marzo de 1970.

6. Viene de lo anterior que los demandados, con excepción de Gabriela de Jesús Gómez Uribe, recibieron, a través del curador ad litem, legal notificación del auto admisorio de la demanda dentro del bienio que estatuye el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Por ello se hace indispensable concluir que fue ajustado a los cánones legales el procedimiento descrito, con la salvedad antes mencionada, como quiera que sólo a la demandada Gabriela de Jesús no se le practicó en legal forma su emplazamiento. Entonces, la nulidad que el Tribunal, en proveído de 10 de diciembre de 1970, decretó a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, fundándose en que dejaron de relacionarse cuatro de las personas que los demandantes habían señalado como demandados (circunstancia que ni por asomo es constitutiva de nulidad, no puede vincular al fallador por estar cimentada en notoria equivocación. Este yerro no podría, por la simple razón de estar ejecutoriado el auto que lo protocolizó, ser a su vez fuente de otro error y manantial de una clara injusticia, como sería la de privar a los hijos naturales de los efectos económico patrimoniales que, de ordinario, comporta una declaración de paternidad natural.

El yerro del Tribunal, así esté protocolizado en providencia que ostenta el sello de la firmeza, no tiene virtud tal que el sentenciador no pudiera librarse de sus nocivas ligaduras. Sobre este punto, en sentencia de 4 de agosto del año en curso, aún no publicada en la Gaceta Judicial, la Corte expuso: "si bien es cierto que para precaver el desorden en la sustenciación de los procesos, los actos procesales ejecutoriados no pueden, como norma general, ser desconocidos, también lo es, como lo tiene dicho la doctrina jurisprudencial, que 'los actos procesales fallidos, esto es los que se dictan al margen de las reglas procesales propias de cada proceso, que no están previstos como causal de nulidad, aunque se hayan dejado ejecutoriar, no obligan al Juez en el momento de desatar el litigio, pues de lo contrario se estaría sosteniendo que por efecto de la ejecutoria y obligatoriedad de una resolución errónea, el fallador se vería compelido a incurrir en nuevo y ya irreparable error. (Casación Civil de 3 de julio de 1953. G. J. Nº 2131 pág. 730). "La Corte no se explica el criterio según el cual toda resolución ejecutoriada es una ley del proceso, puesto que las únicas providencias que vinculan al Juez son las sentencias' (Casación Civil de 22 de noviembre de 1960, G. J. Nº XCIV, pág. 82)".

7. Queda como conclusión de lo expuesto, que las violaciones y errores que la censura endilga al Tribunal en el segundo cargo, sólo serían trascendentes con relación a la condena que se hizo a Gabriela de Jesús Gómez Uribe. Por no haberse practicado con ella en legal forma el emplazamiento por descuido de los demandantes, la notificación del auto admisorio de la demanda se le hizo, pasado el primer bienio de vigencia de la Ley 75 de 1968, por lo cual la declaración de paternidad natural

no puede producir efectos patrimoniales en su contra.

Ahora bien, siendo que el auto admisorio fue notificado dentro del término a que se refiere el artículo 10, inciso final, de la Ley 75 de 1968, queda sin piso el cargo primero cuyo fundamento está en que esa notificación habría sido extemporánea.

Debe casarse, pues, por este aspecto la sentencia del Tribunal para excluir solamente a la dicha demandada de sus efectos patrimoniales propios.

La sentencia de reemplazo, fúndase cabalmente en las consideraciones hechas antes.

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, CASA la sentencia de 4 de febrero del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, actuando como fallador de segunda instancia,

Decide:

1º) Confírmase la sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 13 Civil del Circuito de Bogotá el 31 de mayo de 1975, pero con la reforma de que el fallo sí produce efectos patrimoniales, menos frente a Gabriela de Jesús Gómez Uribe.

2º) Condénase a los demandados vencidos a pagar a los demandantes las costas causadas en las dos instancias, y condénase a estos últimos a pagar a Gabriela de Jesús Gómez Uribe las costas causadas con su intervención.

Sin costas en el recurso de casación porque prosperó el ataque, aunque parcialmente.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

NULIDAD DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA

Acumulación sucesiva

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

(Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 19 de abril de 1977 en el proceso ordinario promovido por Domingo A. Quintero contra José Efrén Loaiza y otros.

Antecedentes

1. La controversia versa sobre un lote de terreno ubicado en Armenia, distinguido en el catastro con el Nº 3377, en el barrio denominado "El Regalo" o "San Fernando", sin nomenclatura urbana, con área aproximada de 18.000 varas cuadradas, comprendido dentro de los linderos que se indican en el hecho 1º de la demanda.

2. Para mayor claridad, vale la pena relatar las diversas operaciones jurídicas de que ha sido objeto el mencionado inmueble, según las escrituras públicas y los certificados expedidos por el Registrador de Armenia que obran en el proceso.

A) Siendo Quintero el único dueño del predio en cuestión, mediante Escritura 861 de 1965 otorgada el 15 de junio en la Notaría 2ª de Armenia constituyó hipoteca de segundo grado sobre ese inmueble señalado en la letra A., y otros, a favor de Loaiza, en garantía de una obligación mutuaria por valor de $150.000.00.

B) Por medio de la Escritura 919 otorgada en la misma Notaría 9 días más tarde, convinieron Quintero y Loaiza, en excluir temporalmente del citado gravamen hipotecario el lote de terreno en referencia, porque a la sazón estaba embargado, con el fin de que pudiera inscribirse la hipoteca constituida sobre los demás inmuebles. Según el certificado del Registrador de Armenia de fecha 30 de mayo de 1970 (Cdno. Nº 1 fl. 18 punto XXIX) ese embargo fue cancelado.

C) Al tenor de la Escritura Nº 1467 de 1965, (1º de octubre) Quintero vendió a Loaiza la mitad proindiviso del referido inmueble.

D) Más tarde, según Escritura Nº 1889 de 1967, (30 de octubre), corrida en la misma Notaría, ambos contrayentes acordaron elevar a $300.000.00 la garantía hipotecaria constituida por medio del instrumento mencionado en el literal a) anterior, sobre los mismos inmuebles en ella señalados, para garantizar nuevas obligaciones mutuarias contraídas por Quintero en favor de Loaiza.

E) Según el certificado a que atrás se hizo mención, Quintero y Loaiza figuraban en esa fecha como poseedores inscritos del citado inmueble, y en esa calidad, mediante Escritura 1828 de 1965 (1º de diciembre) vendieron a Alfredo Moreno los lotes números 59 a 63 que hacían parte de aquél.

F) El 15 de enero de 1972 Loaiza promovió proceso de ejecución con título hipotecario contra Quintero, en el cual se intentó la acción hipotecaria respecto de todos los bienes mencionados en la Escritura 861 de 1965, con exclusión de algunas porciones de los mismos que habían sido vendidas a otras personas. En dicho proceso se embargó inicialmente la totalidad del inmueble sobre el cual versa este litigio,

embargo que a petición del ejecutante Loaiza se redujo después a la mitad. En este proceso no prosperaron las excepciones de pleito pendiente y pago parcial de la obligación propuestas por el ejecutado, y se decretó y llevó a cabo el remate de todos los bienes hipotecados y entre ellos el del predio varias veces mencionado, los cuales se adjudicaron a Loaiza en la segunda licitación por cuanto de su crédito. El remate fue aprobado e inscrito luego en la oficina de Registro de Armenia.

G) Loaiza, ya como dueño único de todo el inmueble, vendió algunas porciones del mismo al Municipio de Armenia (Junta de Valorización) y a Teodoro Benavides por Escrituras 1968 de 1972, 258 y 135 de 1974.

3. En demanda corregida presentada contra Loaiza, "la entidad Junta de Valorización de Armenia" y Teodoro Benavides, Quintero solicitó lo siguiente:

a) "Que se declare que la garantía hipotecaria contenida en la Escritura pública Nº 1869 de 30 de octubre de 1967, pasada ante el señor Notario Segundo de Armenia, detallada en el numeral tercero de este libelo es nula de nulidad absoluta, por falta de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para su validez, en consideración al contrato de hipoteca.

b) 'Como súplicas consecuenciales se ordene la cancelación del registro de dicha escritura...'.

c) Que se declare que el señor Domingo A. Quintero A., 'es dueño y poseedor exclusivo del inmueble individualizado en el literal A, de la Escritura pública N: 861 de 15 de junio de 1965 de la Notaría Segunda, identificado por los linderos contenidos en dicha escritura y que fueron detallados en el numeral primero de esta demanda.'

d) Que los demandados están obligados a entregar al demandante "el inmueble antes detallado... entrega que se hará libre de todo gravamen o limitación de dominio y junto con los frutos naturales y civiles que hubiere producido el predio y los que hubiere producido (sic) con mediana atención y cuidado desde que se verificó el secuestro de los mismos hasta que el bien se entregue a mi mandante."

En subsidio de la declaración inmediatamente anterior pidió el demandante que se declarara "nulo de nulidad absoluta el contrato de hipoteca contenido en la Escritura pública Nº 1889 de 30 de octubre de 1967 de la Notaría segunda de Armenia y el registro de dicho contrato, por falta del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la validez de dicho contrato, tal como lo exige el Art. 1741 del C. C., por no haberse identificado debidamente el inmueble materia de dicho contrato, por haber revivido hipotecas caducadas y por haber revivido hipotecas canceladas".

Y como peticiones consecuenciales que "se declare la nulidad del proceso ejecutivo con título hipotecario adelantado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia, por el señor José Efrén Loaiza contra el señor Domingo A. Quintero A. y que terminó con la adjudicación de los bienes embargados y secuestrados en dicho proceso, al señor José Efrén Loaiza Arias."

Que se ordene la cancelación del registro del remate o adjudicación hecho en el proceso ejecutivo... por auto de fecha 17 de julio de 1972 registrado en Armenia el remate y auto aprobatorio el 8 de agosto de 1972...

Que se condene a los demandados a entregar al demandante "todos y cada uno de los bienes adjudicados en el proceso antes mencionado, libres de hipotecas y gravámenes, y con todos sus frutos naturales y civiles producidos a partir de la fecha del secuestro de los mismos "hasta que la entrega se verifique".

e) Por último, que se condene a los demandados en las costas procesales.

4. Las súplicas formuladas por Quintero se apoyan en los hechos que se desprenden de los que se dejan relatados en el numeral 2º de esta providencia y además en las siguientes afirmaciones:

A) Que el inmueble marcado con la letra A, en la Escritura Nº 861 no quedó comprendido por el registro que de esa escritura de hipoteca se verificó el 2 de julio de 1965, por estar embargado a la sazón, precisamente a consecuencia de lo cual los contratantes convinieron en excluirlo del gravamen como lo hicieron constar en la Escritura Nº 919.

B) Que la hipoteca constituida por Quintero en la Escritura 1889 de 1967, en cuanto se refiere al mismo predio y a los demás indicados en la Escritura 861, no se ajus-

tó a lo dispuesto en el Art. 2594 del C. C. entonces vigente, por cuanto en tal instrumento "los predios materia del gravamen hipotecario no fueron debidamente identificados, ni especificados por su situación y linderos " ni se cumplió tampoco lo que estatuía el Art. 2663 en cuanto "al nombre y situación de la finca hipotecada, sus linderos y todas las notas y señales con que el título se de a conocer, y el lugar y la calle de su situación", dado que se trataba de fincas urbanas.

C) Que la citada Escritura 1889 en cuanto al predio marcado A, en la 861 y por el motivo expuesto en la 919, "revivió una hipoteca caducada pues de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 12 de la Ley 56 de 1904, los títulos constitutivos de hipoteca sólo se podrán registrar dentro de los noventa días que señala el Art. 10 de la citada ley y desde la fecha del desembargo a la fecha del registro pasaron más de 90 días."

D) Que "al haberse adelantado una demanda ejecutiva con título hipotecario, por el procedimiento señalado en el capítulo VII del Código de Procedimiento Civil y haber perseguido bienes distintos de los gravados con hipoteca, se incurrió en la causal 4ª del Art. 152 del Código Procesal Civil, pues de acuerdo con el inciso final del Art. 554 ha debido seguirse el procedimiento señalado para los procesos ejecutivos singulares, pues, se solicitó la venta en pública subasta dentro de un proceso ejecutivo con título hipotecario de un bien que no se encontraba legalmente hipotecado, como atrás se demostró".

5. Loaiza contestó la demanda oponiéndose a las súplicas de Quintero y propuso las excepciones de cosa juzgada, "carencia de causa", prescripción de la acción y "petición indebida". El Alcalde de Armenia, en ese carácter y como Presidente de la Junta de Valorización Municipal de Armenia, se opuso igualmente a lo pedido por el demandante y propuso las excepciones que denominó "inoponibilidad del acto nulo", "genérica" e "ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada" fundada "en el hecho de que 'VALORIZACION MUNICIPAL DE ARMENIA' no es entidad autónoma, con personería independiente para ejercer derechos y contraer obligaciones... 'sino) un organismo administrativo, encargado de la construcción de las obras que se ejecuten por el sistema del Impuesto de Valorización. Cualquier acción que se pretenda relacionada con actos cumplidos en el desempeño de sus funciones debe adelantarse contra el Municipio de Armenia, con mayor razón si se trata de la adquisición de inmuebles los cuales se adquieren para el Municipio de Armenia, así éstos o sus remanentes constituyan el Fondo Rotatorio de Valorización del Municipio." Además, denunció el pleito a Loaiza, denuncia a la que se le dio el trámite de rigor. Benavides no contestó a la demanda.

6. La tramitación legal de primera instancia se surtió debidamente y culminó con fallo inhibitorio proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Armenia de fecha 27 de septiembre de 1976, del que apeló el demandante. El Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial lo confirmó en el suyo del 19 de abril de 1977 contra el cual, como se dijo en un principio, la misma parte interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Motivación del fallo impugnado

El sentenciador comienza por transcribir las súplicas y los hechos de la demanda, las respuestas que le dieron dos de los demandados, las excepciones que éstos propusieron y gran parte de la sentencia de primera instancia. Se refiere enseguida a los Acuerdos del Concejo de Armenia que crearon la Junta de Valorización y llega a la siguiente conclusión:

"Así las cosas, se observa de las normas dichas que VALORIZACION MUNICIPAL DE ARMENIA O VALORIZACION, es una entidad dependiente del Municipio de Armenia, sin autonomía patrimonial, jurídica o administrativa. De modo que no podía ser demandada como persona jurídica especial sino a través del citado municipio de Armenia. Lo que equivale a decir, como lo dijo el juez a quo, que no se demandó realmente a quien debía soportar pasivamente la acción; prácticamente se demandó a una entidad inexistente, razón por la cual no podría hablarse en el caso de autos de absolución para la misma, sino de inhibición para decidir en el fondo, como lo precisó el juez en el fallo".

Copia enseguida algunos pasos de una obra de expositor nacional referentes a la legitimación en causa y expresa: "Encaja perfectamente dentro de la clasificación 4ª que hace el autor transcrito, el caso de autos, pues en realidad no existe de parte de la entidad demandada la capacidad jurídica para ser responsable por el hecho materia de la acción, pues no existe como tal entidad independiente, se repite".

Más adelante, con aparente apoyo en doctrina de esta Sala del año de 1966, dice el sentenciador que "la falta de capacidad jurídica de la entidad denominada JUNTA DE VALORIZACION DE ARMENIA implica la imposibilidad de dictar sentencia de fondo, así aparezca que quienes fueron llamados al proceso junto con tal entidad si tienen tal personería, porque aquí se está ante un LITIS CONSORCIO NECESARIO, dado que la decisión que se tome en este proceso los afecta principalmente. La nulidad que llegara a decretarse implicaría la restitución del bien afecto al gravamen hipotecario que ellos detentan en parte, si se aceptara lo demandado". En respaldo de esta tesis copia igualmente algunos párrafos del libro de otro expositor colombiano, referentes asimismo a la legitimación en causa y llega a la siguiente conclusión:

"Entonces, bien que se hubiera demandado solamente a Valorización de Armenia o a esta entidad junto con las personas que se han venido citando, se estaría de todos modos ante una inhibición para decidir en el fondo la controversia, por lo que la sentencia revisada merece confirmación. Confirmación que abarca lo resuelto sobre costas, pues si bien no hubo ni absolución ni condena, de todos modos la parte demandante provocó la acción de la justicia y la parte demandada debió hacer gastos que deben serle reembolsados; gastos que deberán ser reconocidos por el juez, en la proporción que hubieran sido hechos, a José Efrén Loaiza A. y 'Valorización Municipal', dado que el demandado Benavides R. no intervino en el proceso (Art. 392 num. 7º C. de P. C.). En esta instancia sólo hubo intervención del apoderado de 'Valorización', por lo que sólo a esta entidad se le reconocerán costas en ella".

El recurso de casación

Un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal de Armenia que se deja reseñada en el capítulo anterior, dentro de la órbita de la causal primera de casación, por falta de aplicación de los Arts. 1740, 1741, 1742 (2º de la Ley 50 de 1936), 1746, 1748, 2594, 2663, 2665, 946 a 952 y 961 a 967 del Código Civil, 12 de la Ley 56 de 1904, y 152, 4º y 554 a 555 del Código de Procedimiento Civil, derivada de la aplicación indebida del Art. 83 de este último código y de falta de aplicación del Art. 52 ibídem.

Arguye el recurrente que no se trata de demostrar "que el municipio de Armenia, bajo esa denominación, o con el nombre de Junta, oficina de Valorización o Valorización a secas, representado siempre por su Alcalde, es el llamado a recibir la pretensión restitutoria de las franjas que adquirió para la prolongación de la carrera 19 de aquella ciudad. Y menos, aún, de dilucidar si el demandar a Valorización o a la Junta, en lugar de el Municipio, siempre en la persona del Alcalde, constituye atentado contra las bases, ora del proceso, ora de la sentencia de mérito, ora, en fin, de la acción, al compás de las distintas concepciones que sucesivamente han imperado con suficiencia y exclusivismo parejas en nuestro foro. De plano, y para eliminar escollos, podría aceptar que Armenia, Municipio, Junta, Oficina o Valorización, no fue demandado debidamente y que, por lo mismo, no puede ser afectado por una decisión adversa, sin que importe la clasificación teórica de dicho fenómeno. Pero lo que no puedo convenir —agrega el recurrente— es que no es dable sentencia de fondo, porque, mediante un litis consorcio necesario, hay un litis consorte ausente".

En apoyo de su rechazo a la conclusión a que llegó el fallador de segundo grado, dice la censura que "una cosa es la nulidad de un acto, contrato o negocio, con efectos per se inter partes (Art. 1746 C. C.), y otras los efectos de ella respecto de terceros (Art. 1748 C. C.), y que si bien, en cuanto se refiere a la nulidad, es menester la presencia de todos quienes fueron parte del negocio impugnado allí si litis consorcio necesario, con relación a los terceros, sólo

resultarán vinculados quienes hayan sido demandados regularmente (litis consorcio facultativo), con posibilidad plena de diferenciación y fraccionamiento de las dos figuras. Así las cosas, mi posición es bien nítida: Que se queden, si es del caso, el Municipio de Armenia con los 2.945 metros cuadrados de los predios... y Juzgado y Tribunal con sus doctrinas, que al demandante le corresponde recibir lo mal habido por el demandado principal, de un derecho habiente, lo que éste obtuvo sin justo título que lo sustentara.

"Conforme a lo expuesto, todo se reduce a determinar si la presencia del Municipio de Armenia es o no indispensable en este proceso para poder dictar sentencia de mérito, o, en otros términos, si dicha entidad es o no litis consorte necesario, o lo es apenas facultativo."

"Recordando los antecedentes —según la censura— se tiene que en este proceso se acumularon subordinada o consecuencialmente dos pretensiones: la de nulidad absoluta de hipoteca y el proceso ejecutivo con acción real, y la reivindicación contra terceros subarquirentes, materia de la corrección de la demanda. Se demandó la nulidad de un contrato de hipoteca y su registro: la otorgada por Escritura 1889 de 30 de octubre de 1967, porque allí no se determinaron en la forma legalmente exigida los bienes respectivos, y porque se dio por incluido uno, que, para cuando se procedió a la primera garantía estaba fuera del comercio, por lo cual se le excluyó a propósito, en escritura que sólo tuvo ese fin (la Nº 919 de 24 de junio de 1965) de modo que no sólo resultó respaldando la segunda operación sino también la primera, a despecho de dos años para lo cual la ley concede apenas 90 días, y, consiguientemente se demandó la nulidad del proceso que se enderezó como si no todos los bienes perseguidos se tuvieran por hipotecados, sino por la vía ejecutiva simple. Así que la pretensión básica se refiere a la nulidad de un contrato y, adicionalmente a la de un proceso fundado en él."

En cuanto a tal pretensión dice el recurrente que la relación material está bien conformada, como que los contratantes (Quintero y Loaiza) son partes en el proceso, y que en caso de prosperar, trae como secuela la consideración de la súplica consecuencial referente a la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato anulado (Art. 1746 C. C.) la cual debe ser ordenada inter partes aún de oficio.

"Ahora bien —agrega—, y sorprende que estas notas elementales de derecho común se hayan escapado a la consideración del Tribunal, tan versado en las minucias de procedimiento, como distraído en materia sustancial, la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros (Art. 1748 C. C.), Cuáles? Obviamente aquéllos que, habiendo derivado a cualquier título que sea, derechos sobre el bien adquirido mediante el acto o el proceso nulo, hayan sido citados al proceso en que se pretenden la nulidad y la reivindicación acumuladamente o a los dos, propuestos sucesivamente. Queda así diferenciada la acción básica, de nulidad, que requiere la presencia de todos los que fueron parte en el acto tachado de nulo de la consecuencial, reivindicatoria, que solamente afectará, de raíz a quienes sean actualmente poseedores (Art. 952 C. C.), y hayan sido citados al proceso en el cual trata de invalidarse su soporte o título (Arts. 17 C. C. y 4 y 332 C. de P. C.)".

Con apoyo en esa distinción afirma el recurrente que carece de todo asidero legal sostener, como lo hicieron los juzgadores de instancia, que por faltar uno de los terceros subadquirentes de una porción del predio objeto del litigio (el municipio de Armenia), la acción de nulidad haya de quedar pendiente "igual que la situación de los demás bienes, con pie en un supuesto litis consorcio necesario montado sobre la base de la confusión mayúscula entre nulidad y sus efectos inter partes y frente a terceros. La nulidad en cuestión podía, pues, ser planteada entre ellos solos (Quintero y Loaiza), y propuesta así, debía resolverse en el fondo, con consecuencias plenas respecto de tales sujetos."

"Cuestión del todo diferente—continúa el censor— es si esa nulidad o esas nulidades, que no se traspasan ni se contagian, pueden o no afectar a terceros, esto es a personas que no intervinieron en el acto o proceso nulos o en ambos." Acepta, pues, que "el municipio de Armenia no tendrá porque ser condenado a restituir lo que hubo de Loaiza, así la adquisición de éste

sea nula, si no fue demandado en la acción de nulidad de los actos antecedentes. Lo cual no impide dicho pronunciamiento entre las partes del contrato y del proceso inválidos y frente a otros subadquirentes regularmente demandados. O sea que en cuanto a la acción de nulidad, que exige la participación de todos los sujetos calificados como contratantes o litigantes, en el negocio o proceso impugnados, hay plenitud de requisitos para proferir sentencia de fondo y estimatoria. Sentencia que ordenará a las partes volver al status quo ante, restitutio integrum, que comprende tan solo a Quintero y a Loaiza, únicos contratantes en el mutuo con hipoteca y únicos litigantes en el proceso de mutuo con título hipotecario."

"Mientras que la nulidad requiere la presencia de todos los sujetos intervinientes en el acto o proceso impugnados, por la unidad de la relación debatida; la reivindicación que de aquella surja (Art. 1748 C. C.), exige tan sólo la de los sujetos interesados en el punto concreto: Art. 946 C. C. Más aún, es potestativo del demandante acumular o no a la nulidad la reivindicación, como también lo es orientar esta contra todos los subadquirentes o circunscribirla solo a alguno o algunos de ellos o a uno o a varios de los bienes dispuestos por su contraparte contractual en el ínterim. Igual ocurre con la petición de herencia y la reivindicación, cual lo previenen los Arts. 1321 y ss. C. C. especialmente el 1325".

De esta suerte el recurrente no discute que una de las partes fue mal demandada en este proceso (el Municipio de Armenia) pero insiste en que ello no es obstáculo para pronunciamiento de fondo en cuanto a la primera súplica de la demanda, respecto de la cual la relación está bien conformada. "En últimas —dice— es patente el yerro de la sentencia acusada: exigió la presencia de alguien que no era indispensable para resolver acerca de la nulidad y por eso aplicó indebidamente la norma relativa al litis consorcio necesario, a la vez que dejó de aplicar la atañadera el litis consorcio facultativo, y en la misma forma, dejó de aplicar los preceptos que gobiernan las nulidades tanto de orden sustancial como las procesales en cita, con sus efectos entre las partes y frente a terceros, y respecto de éstos, las que versan sobre reivindicación y prestaciones mutuas."

Consideraciones de la Corte

La decisión de este recurso exige dilucidar en primer término las siguientes cuestiones: a) si el haberse demandado a la Junta de Valorización de Armenia, que no tiene existencia jurídica independiente, configura falta de legitimación en causa por pasiva, como lo sostuvieron el juzgado y el Tribunal, generadora de fallo inhibitorio; b) si entre quienes fueron parte en el contrato de mutuo con hipoteca y el proceso ejecutivo con acción real, es decir, Quintero y Loaiza, y quienes compraron posteriormente a Loaiza porciones del predio hipotecado y rematado, existe un litis consorcio necesario en lo tocante con las pretensiones de nulidad; y c) sí es jurídicamente posible fallar de mérito la primera pretensión de la demanda, referente a la nulidad del mutuo con garantía hipotecaria y del proceso de ejecución, y la reivindicatoria consecuencial de aquélla en lo tocante a quienes fueron citados al proceso (Loaiza y Benavides), y al mismo tiempo dictar sentencia inhibitoria en cuanto a dicha pretensión reivindicatoria frente al tercero subadquirente que no fue bien demandado (el municipio de Armenia).

Se procede a estudiar cada una de las cuestiones indicadas.

a) Hoy no se discute y así lo ha expuesto esta Sala en repetidas ocasiones, que la falta de legitimación en causa de cualquiera de las partes en un proceso es cuestión de fondo que debe ser decidida en sentencia de mérito y en manera alguna, defecto en la relación procesal que conduzca a sentencia inhibitoria. La Corte ha dicho que "lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor." (Cas. 6 de abril de 1976, aún no

publicada. En el mismo sentido, entre otras, XCI, págs. 52 y 53; CVII, pág. 265; CXXXVI pág. 14; CXXXVIII, pág. 364; y 25 de julio de 1975 aún sin publicar).

No estuvo acertado, pues, el Tribunal de Armenia al prohijar en este sentido la sentencia del juez y considerar por tanto que como se demandó a la Junta de Valorización de Armenia, que no es persona jurídica e independiente del municipio de Armenia, sino una simple depedencia administrativa de éste, se configuraba en este caso una falta de legitimación en causa por pasiva que llevaba consigo la necesidad de un fallo inhibitorio.

Ninguna de las partes ha discutido en este proceso aquella premisa que sirvió de fundamento erróneo a la decisión impugnada: la citada Junta de Valorización o Valorización a secas no es persona jurídica. La forzosa consecuencia de este aserto es la falta de uno de los presupuestos procesales, el llamado "capacidad para ser parte" que sólo la tienen las personas, naturales o jurídicas, en cuanto lo sean. Cuando demandante o demandado carecen de esa capacidad para ser parte, lo mismo que ocurre cuando en un proceso no hay "demanda en forma", se impone un fallo inhibitorio.

En consecuencia, el fallador llegó a conclusión acertada pero apoyado en premisa falsa que la Corte está en la obligación de rectificar desde el punto de vista doctrinario, en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia nacional. En efecto, la decisión inhibitoria en cuanto a la súplica atinente a la reivindicación apoyada en el Art. 1748 del C. C., enderezada contra persona inexistente como tal (la Junta de Valorización) era ineludible, pero por falta del presupuesto procesal de "capacidad para ser parte", de la cual carece la Junta de Valorización, pero en manera alguna por ausencia de legitimación en la causa basada en ese motivo.

b) Como bien lo observa el casacionista, en la pretensión anulatoria del contrato de mutuo con hipoteca y del proceso de ejecución con acción real, la que principalmente se formuló en la demanda que dio origen al proceso, sólo estaban interesados y legitimados para intervenir en ella quienes fueron parte en el contrato y en el proceso. Nadie más. Respecto de esa pretensión están cumplidos los presupuestos procesales, como que la demanda se presentó en debida forma, tanto Quintero como Loaiza, como personas naturales, tienen capacidad para ser parte y capacidad procesal, además, por ser ambos mayores, y por último, el juez ante quien se presentó tenía competencia para proveer sobre ella. De otro lado, como ambos intervinieron en el mutuo con garantía hipotecaria y en el proceso de ejecución, estaban igualmente legitimados para actuar en esta litis en que se buscaba la declaración de si tales contrato y proceso son o no válidos.

Por este aspecto, pues, y en cuanto se refiere a la mencionada súplica principal, no hay obstáculo legal alguno para decidirla en el fondo, porque no existe litis consorcio necesario con quienes adquirieron posteriormente de Loiza porciones de uno de los inmuebles hipotecados y rematados. El demandante podía, pero no estaba obligado a ello, acumular la pretensión principal de nulidad a la consecuencial de reivindicación contra los terceros subadquirentes o proponer esta última, si triunfaba en la primera, en un nuevo proceso, o demandar en este último caso a uno de tales terceros o a ambos. Esto demuestra claramente la ausencia de litis consorcio necesario a que se refiere el Tribunal y acredita de consiguiente que éste no podía inhibirse como lo hizo, para decidir sobre la pretensión principal de la demanda y sobre la reivindicatoria consecuencial respecto de Loaiza y aún de Benavides.

c) Cuando en una demanda se formulan súplicas principales las unas y consecuenciales las otras, como la nulidad de un acto jurídico y de un proceso, y la consiguiente reivindicación de los bienes que fueron objeto de uno y otro o como una filiación natural y la consiguiente petición de herencia, cada una de tales pretensiones tiene vida propia. Claro que la consideración de la consecuencial está suspensivamente condicionada al éxito de la principal. La intervención de los interesados en aquélla y en ésta depende de la propia naturaleza de cada una de ellas. De esta suerte, si los presupuestos procesales así como los elementos esenciales de la pretensión principal no ofrecen reparo alguno, el juzgador no sólo puede sino que está en el deber de proveer sobre el fondo de ella. Y

si al hacerlo encuentra que está llamada a prosperar, entonces y solo entonces puede entrar a estudiar la pretensión subordinada, tanto desde el punto de vista procesal como del sustancial. Si encuentra que esta última adolece de alguna falla por cualquiera de los dos aspectos mencionados, tendrá que rechazarla, sin que el éxito que haya tenido la súplica principal necesariamente lleve consigo el de la consecuencial, ni el fracaso de ésta afecte la prosperidad de aquélla, porque como atrás quedó dicho, cada una de ellas tiene vida propia, aunque la posibilidad de considerar la consecuencial dependa del éxito que haya tenido la principal.

Aplicando lo expuesto el caso en estudio fácilmente se advierte que erró el sentenciador al haberse inhibido de decidir la petición principal de la demanda (validez o invalidez del mutuo con hipoteca y del proceso de ejecución) porque para la súplica consecuencial de la primera (la reivindicatoria contra subadquirentes) se omitió demandar a uno de éstos, cual era el Municipio de Armenia. Incurrió en ese yerro porque olvidó que se estaba en presencia de una acumulación sucesiva de pretensiones y creyó equivocadamente que el impedimento procesal para decidir sobre la segunda también lo era para principal. Erró igualmente al considerar que se estaba en presencia de un litis consorcio necesario, que no lo hay con los subadquirentes, para proveer sobre la nulidad cuya declaración solicita el demandante, ni lo hay tampoco para proveer sobre la reivindicación consecuencial, ya que ésta no necesariamente tiene que dirigirse contra todos los poseedores. La relación de cada uno de éstos como poseedor con el verdadero dueño es independiente de la de los demás.

De consiguiente, debe casarse la sentencia impugnada. Antes de proferir la que haya de reemplazarla la Corte considera indispensable hacer uso de la facultad que le otorga el 3º Inc. del Art. 375 del C. P. C.

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 objeto del recurso y antes de fallar en instancia decreta la siguiente prueba:

Ordénase al Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Armenia, a quien para mayor claridad y para facilitarle su tarea, se enviarán fotocopias de los certificados números 1398 del 30 de mayo de 1970 y 5387 del 1º de diciembre de 1971, expedidos por esa oficina, para que dentro del término de veinte días certifique sobre lo siguiente:

1º) En qué fecha se canceló el embargo mencionado en el punto XXIX in fine del certificado Nº 1398;

2º) Cuándo se registró por primera vez la hipoteca constituida sobre el inmueble distinguido con la letra A, de la Escritura Nº 861 del 15 de junio de 1965 otorgada en la Notaría 2ª de Armenia y de que trata el mismo punto XXIX del certificado 1398.

3º) Si la hipoteca de Quintero a favor de Loaiza sobre el inmueble A, que se menciona en el numeral inmediatamente anterior que se registró en el libro de hipoteca de esa oficina fue la constituida por Escritura 861 del 15 de junio de 1965 o por la Nº 1889 del 30 de octubre de 1967, otorgadas ambas en la Notaría 2ª de Armenia.

4º) A qué bienes se refiere el punto XXX del mencionado certificado Nº 1398 cuando expresa que "en todo lo demás queda vigente la Escritura 861 antes citada" y si entre los que quedaron comprendidos en la hipoteca allí mencionada estaba el lote A, de que tratan los dos anteriores numerales.

5º) Cuáles fueron los bienes que quedaron comprendidos por el embargo cuyo decreto se le comunicó por oficio Nº 15 de fecha 20 de enero de 1972 librado por el Juez 2º Civil del Circuito de Armenia en el proceso de ejecución con título hipotecario promovido por José Efrén Loaiza contra Domingo A. Quintero y que fue registrado el 1º de Feb. siguiente T. 1º fl. 213, partida 23, del Libro de Embargos de esa oficina.

Por la Secretaría líbrese el oficio correspondiente junto con las copias arriba mencionadas.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar, Secretario

REIVINDICACION

Prueba de dominio

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 6 de noviembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por GUSTAVO URIBE ALDANA y otros contra JOSE AGUSTIN ZARTA.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 12 de noviembre de 1973, que en repartimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, Gustavo Uribe Aldana, Teresa Pardo de Uribe, Inés Pardo vda. de Rey, Cilia Pardo de Liebisch y la "Compañía Parceladora Limitada", sociedad legalmente constituida y representada por su gerente José Antonio Tinoco, demandaron al citado José Agustín Zarta Rodríguez, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) que los demandantes son los propietarios de todos los lotes de terreno que ellos relacionan y determinan en el hecho primero de su demanda;

b) que dentro del globo general, "formado por los lotes a que se hace referencia en la petición anterior, se encuentra incorporado el lote cuya situación y linderos se describen en el hecho segundo y que posee el demandado";

c) que, consecuencialmente, se condene a éste a restituir a aquéllos, dentro del término de ejecutoria de la sentencia que así lo decida, "el lote a que se refiere la petición anterior", o sea el descrito en el hecho 2º de la demanda; y

d) que el mismo demandado, como poseedor de mala fe que es, está obligado igualmente a restituir a los demandantes los frutos naturales y civiles producidos por tal inmueble, y no solamente los percibidos sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, "desde la fecha de la ocupación hasta la fecha de la entrega".

En subsidio de la anterior petición, suplican los demandantes que el demandado sea obligado a pagarles el valor de dichos frutos, "desde el 10 de abril de 1968; o, en subsidio, desde el 3 de febrero de 1969; o, por último, en subsidio de las anteriores, desde la fecha de la notificación de esta demanda, hasta cuando se verifique la restitución".

2. Las afirmaciones de hecho que los demandantes alegaron en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

1ª Por Escritura número 1246 de 23 de junio de 1972, otorgada en la Notaría 13ª de Bogotá e inscrita en el Registro de Girardot el 20 de septiembre del mismo año, se protocolizó el proceso divisorio que sobre la hacienda "La Comunidad" siguieron Gustavo Uribe Aldana y otros contra Cesáreo E. Pardo y otros. En la partición que en dicho proceso se realizó se hicieron, entre otras, las siguientes adjudicaciones:

A) A GUSTAVO URIBE ALDANA y MARIA TERESA PARDO DE URIBE, en común y proindiviso, los lotes números 41 a 51 inclusive, conforme al plano elaborado por el Dr. José Antonio Tinoco, que forman el lote de terreno denominado "El Triunfo"

"La Azufrada", comprendido dentro de siguientes linderos:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con el número 91, clavado en el perímetro oriental de la carretera que de Girardot conduce a Guataquí y en el borde de una zanja o cañada denominada EL CHUPADERO, se sigue por la mencionada cañada aguas arriba hasta encontrar en un corto trayecto el mojón de piedra número noventa y dos (92) clavado donde termina una cerca de alambre en recta y en dirección noroeste al mojón número noventa y tres (93) colocado en un codo que forma la cerca; de aquí se vuelve a la derecha por cerca del alambre en dirección oriental al mojón marcado con una cruz; de aquí se vuelve a la izquierda por cerca de alambre que delimita el filo de una cuchilla subiendo, y en dirección general noroeste, pasando por el mojón de piedra marcado noventa y cuatro (94), que va hasta el mojón número noventa y cinco (95) en donde termina la cerca; de aquí se vuelve hacia la izquierda en línea recta y en dirección oriental, se va hasta el mojón de piedra marcado con el número noventa y seis (96); de aquí se vuelve ligeramente a la derecha en dos rectas parciales pasando por el mojón número noventa y siete (97), se va hasta el alto o filo de la cuchilla denominada 'LOMA LARGA', en donde se encuentra el mojón de piedra marcado con el número sesenta y dos (62) de aquí se vuelve a la izquierda por todo el filo de la cuchilla subiendo, en dirección noroeste hasta el mojón marcado con el número sesenta y uno (61), colocado en todo el alto de la cuchilla; de aquí se vuelve a la derecha siguiendo el filo de la cuchilla subiendo en dirección general oriental, pasando por el mojón número diez y siete (17) se va hasta el mojón número diez y seis (16), clavado en el lindero general de la finca LA COMUNIDAD con la hacienda LA REFORMA, linda en todo este trayecto y en su orden con los lotes Nos. 39, 37, 36 y 35 respectivamente del globo E. de la finca LA COMUNIDAD, adjudicada a MARIA TERESA PARDO DE URIBE y GUSTAVO URIBE ALDANA; de aquí se vuelve a la derecha por todo el lindero con la hacienda LA REFORMA en dirección general suroeste, pasado por el mojón de piedra marcado con el número quince (15), trayecto que en parte está materializado con cerca de alambre, se va hasta el mojón de piedra marcado con el número trece (13), limita con la hacienda LA REFORMA y terrenos hoy pertenecientes a los herederos de Angel María Garzón; de aquí se sigue en línea recta que en parte está materializada por cerca de alambre en dirección general occidental pasando primero por el mojón de piedra marcado con el número doce (12), clavado en el borde del camino que conduce al pozo de la Mana Dulce, mojón catorce (14) colocado en el filo de una cuchilla y mojón número dos (2) se va hasta el mojón de piedra marcado con el número (1), clavado en la orilla del camino que conduce a CHUPADERO; de allí se continúa en la misma dirección en línea recta hasta otro mojón también marcado con una cruz; de aquí se vuelve un poco a la derecha en línea recta y por cerca de alambre, y en dirección noroeste se va hasta el mojón de piedra marcado con el número seis (6), clavado en el paramento oriental de la carretera primeramente nombrada, o sea la troncal del Magdalena que de Girardot conduce a Cambao, pasando por Guataquí, linda en todo este trayecto, es decir desde el mojón trece (13) hasta aquí con la antigua hacieda de CALA que perteneció a Ulpiano Zarta, hoy de sus herederos, de aquí se vuelve a la derecha en línea recta por todo el perímetro o zona oriental de la mencionada carretera en dirección a Guataquí, pasando por el mojón de piedra número cinco (5), clavado en el borde del camino que de aquí arranca para la hacienda LA REFORMA y el sector del CHUPADERO, se va hasta el mojón de piedra marcado con el número noventa y uno (91) citado como punto de partida y encierra".

B) A los mismos GUSTAVO URIBE ALDANA y MARIA TERESA PARDO DE URIBE, también en común y proindiviso y con destinación exclusiva a la construcción de vivienda, el globo de terreno marcado en el plano de la finca con la letra "A-52" con cabida de dos hectáreas, siete mil novecientos sesenta y ocho metros (2Hects. 7.968 mts.), que se denominará "EL RANCHITO", lote este comprendido dentro de las siguientes alindaciones especiales:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con la letra T. clavado en el perímetro oc-

cidental de la carretera troncal del Magdalena que de Girardot conduce a Guataquí, se va en línea recta y en dirección general occidental, lindando con el lote marcado en el plano con la letra 'B-52' adjudicado a la compañía Parceladora Limitada, hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra U., clavado a distancia prudente del barranco que forma la margen del río Magdalena; de aquí se vuelve a la derecha, río Magdalena abajo hasta encontrar la desembocadura en éste de la quebrada seca llamada EL CHUPADERO; de aquí se vuelve a la derecha quebrada seca arriba, lindando con terrenos de propiedad de Cesáreo E. Pardo, quebrada de por medio, hasta encontrar el perímetro occidental de la carretera troncal del Magdalena anteriormente citada; de aquí se vuelve a la derecha, carretera arriba, con dirección a Girardot, hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra T., citado como punto de partida".

C) A la sociedad "COMPAÑIA PARCELADORA LIMITADA", exclusivamente para la construcción de vivienda, el lote distinguido en el plano de la finca con la letra "B-52", que se denominará "LA CABAÑA", con extensión superficiaria de dos hectáreas, siete mil novecientos sesenta y ocho metros (2 Hects. 7.968 mts.), comprendido dentro de estos linderos:

"Partiendo del mojón marcado con la letra T., clavado en el perímetro occidental de la carretera troncal que de Girardot conduce a Guataquí, se va en línea recta y en dirección general occidental lindando con el lote marcado en el plano con la letra 'A-52', adjudicado a GUSTAVO URIBE ALDANA y MARIA TERESA PARDO DE URIBE, hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra 'U' colocado cerca al barranco que forma el río Magdalena; de aquí se vuelve a la izquierda por la margen del mencionado río aguas arriba hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra 'I' clavado al borde del barranco; de aquí se vuelve a la izquierda en recta y en dirección general oriental, lindando con el lote C-52 adjudicado a la señora MERCEDES PARDO de GAITAN y FERNANDO GAITAN PARDO hasta el mojón de piedra marcado con la lerta H., colacado al borde occidental de la carretera troncal del Magdalena; de aquí se vuelve a la izquierda por el mencionado perímetro de la carretera troncal en dirección a Guataquí hasta encontrar al mojón de piedra marcado con la letra T., citado como punto de partida".

D) A INES PARDO Vda. de REY el lote distinguido en el plano de la misma finca "La Comunidad" con la letra "D-52", que se denominará "SANTA INES", con cabida de seis mil cuatrocientos metros cuadrados (6.400 mts.2), lote este comprendido dentro de las siguientes alindaciones especiales:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con la letra I., clavado en el perímetro occidental de la carretera troncal del Magdalena, se va en línea recta y en dirección occidental, lindando con el lote 'C-52' adjudicado a Mercedes Pardo de Gaitán e hijo, hasta encontrar el mojón K., colocado en el barranco que forma la margen derecha del río Magdalena; de aquí se vuelve a la izquierda por una zanja arriba hasta encontrar en su margen izquierda y a distancia prudente del barranco que forma este el mojón 'p' que al mismo tiempo demarca la zona de un carreteable de cuatro (4) metros establecido para entrar al sitio denominado LA ARENERA; de aquí se va en dos rectas parciales que demarcan la zona del carreteable, en dirección oriental, pasando por el mojón 'V' se va hasta el mojón marcado con la letra 'L' clavado al borde occidental de la carretera nombrada, limita en estos dos últimos trayectos con el lote 'E-52', carreteable de por medio; de aquí se vuelve a la izquierda por la mencionada margen de la carretera, en dirección de Guataquí, hasta encontrar el mojón marcado con la letra I., citado como punto de partida".

E) A la misma INES PARDO Vda. de REY, el lote distinguido en el plano citado con la letra "F-52", que se llamará "EL CARMEN", con extensión superficiaria de 6.400 metros cuadrados y comprendidos dentro de los siguientes linderos:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con la letra M., colocado en el perímetro occidental de la carretera troncal del Magdalena, se sigue en recta con dirección occidental, lindando con el lote Nº 'E-52' adjudicado a la señora CILIA PARDO DE LIEBISCH hasta encontrar el mojón de piedra N., clavado en el borde del barranco que forma la margen derecha del río Mag-

dalena; de aquí se vuelve barranco arriba hasta encontrar una zanja que sirve de lindero general con la finca LA COMUNIDAD donde se coloca el mojón de piedra Nº ocho (8); de aquí se vuelve por la mencionada zanja aguas arriba, hasta encontrar la carretera anteriormente nombrada donde se coloca el mojón número siete (7) linda en este trayecto con zona del caserío EL PORVENIR, de aquí se vuelve a la izquierda por el perímetro occidental de la carretera y en dirección a Guataquí, hasta encontrar el mojón marcado con la letra 'M', citado como punto de partida".

F) A CILIA PARDO DE LIEBISCH el lote distinguido en el plano dicho con la letra "E-52", con cabida superficiaria igual a la de los dos anteriores, inmueble que se denominará "SANTA CECILIA" y que queda comprendido dentro de estos linderos:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con la letra N., situado en la margen derecha del río Magdalena, en recta y dirección norte hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra B.; de allí en recta y dirección oriental se va hasta el mojón de piedra marcado con la letra 'P'; de aquí se sigue en recta y dirección noroeste hasta el mojón de piedra con la letra V.; se sigue en recta y dirección oriental hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra L., linda en estos tres costados con lote marcado con la letra G., adjudicado en común y proindiviso en los otros dos costados con el lote marcado con la letra 'D-52'; de allí se vuelve a la derecha en recta y dirección sur hasta encontrar el mojón de piedra con la letra M., lindando en este trayecto con la carretera que de Girardot conduce a Guataquí; de allí se vuelve a la derecha y dirección occidental hasta el mojón N., citado como punto de partida"; y

G) A TODOS LOS DEMANDANTES, en común y proindiviso y para su utilización personal sin fines comerciales, el lote distinguido en el plano de la mentada finca "La Comunidad" con la letra "G", lote este que se llamará "LA ARENERA", con cabida superficiaria de 4.378.88 metros cuadrados y comprendidos dentro de estas especialidades alindaciones:

"Partiendo del mojón de piedra marcado con la letra 'R' clavado a distancia prudente del barranco que forma la margen derecha del río Magdalena y situado en el borde norte de un camellón que se ha dejado establecido para su entrada con cuatro metros (4 mts.) de ancho, se baja por la margen citada del río hasta encontrar el eje de un caño que desemboca en el río a una distancia aproximada del mojón anterior de cuarenta y dos metros (42 mts.) de aquí se vuelve a la derecha por el eje del mencionado caño subiendo, se va hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra 'P' clavado a distancia prudente del barranco que forma el mencionado caño, linda en este trayecto, caño o zanja de por medio con el lote D-52; de aquí se vuelve a la derecha en línea recta que forma el borde norte del camellón primeramente citado, se va en dirección general occidental hasta encontrar el mojón de piedra marcado con la letra 'R', citado como punto de partida y encierra, lindando en este trayecto, camellón de cuatro metros (4 mts.) de ancho de por medio con lote E-52".

2ª Dentro de los linderos del globo general integrado por los anteriores lotes, que actuamente constituyen "un solo globo, sólo interrumpido, en parte por la carretera que de Girardot conduce a Guataquí, y en parte —sobre el río Magdalena— por pequeño lote adjudicado a Mercedes Pardo de Gaitán y Fernando Gaitán Pardo, se encuentra incorporado" el predio comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Desde el mojón 5 puesto en la división material de la finca llamada 'CALA', en la margen derecha del río Magdalena, 225 metros más o menos abajo de la cerca de Saturnino Sepúlveda, lindando con lote adjudicado en esa partición a Joaquín E. Cortés o Jesús Buitrago, de aquí siguiendo recta hacia el sureste a dar al alto del CHAMIZO, donde en esa partición se puso el mojón tres (3); de aquí en recta al oriente, azimut 104 grados o minutos a dar al mojón cuatro (4) puesto en la misma división en el 'Alto de la Cala'; de aquí hacia el norte partiendo del Alto de Cala, siguiendo el mismo cerro, hasta donde termina la 'Loma Larga', colindando hoy con la hacienda LA REFORMA y donde, en el divisorio citado en el hecho primero, debe estar el mojón marcado 16; de este punto siguiendo la Loma Larga abajo, pasando por los mojones 16, 17, 61, hasta el 62, so-

bre la misma Loma Larga; de ahí sigue bajando por los puntos indicados con mojones 97, 96, 95, 94, cruz (+), 93, 92 y 91, de los linderos relacionados en el hecho anterior, hasta la carretera que de Guataquí conduce a Girardot; de ahí se sigue atravesando esa carretera, siguiendo la quebrada de la Cala o Chupadero, hasta la margen del río Magdalena, 240 metros más o menos arriba de la boca de esta Cala, o sea por la quebrada seca llamada El Chupadero, que en el hecho anterior se señaló como lindero entre el lote 'A-52' adjudicado a Gustavo Uribe Aldana y María Teresa Pardo de Uribe, en común y proindiviso, y los terrenos propiedad de Cesáreo E. Pardo, que constituían la antigua hacienda de LAS ISLAS, en parte, y de ahí, siguiendo por todo el río Magdalena, en dirección a Girardot, hasta el punto señalado como primer lindero".

3ª Del fundo alindado en la anterior afirmación de hecho, que se dice está incorporado en el globo general descrito en el hecho primero, "se halla actualmente en posesión material el demandado JOSE AGUSTIN ZARTA, como poseedor de mala fe, ya que carece de justo título".

4ª Con el evidente propósito de apoderarse del globo de terreno descrito en el hecho segundo de la demanda, el 10 de abril de 1968 el precitado Zarta demandó policivamente a Gustavo Uribe Aldana en amparo posesorio, "sobre un inmueble en el que, a un pequeño globo de propiedad de Zarta y/o sus padres y hermanos, agregaba todo el globo relacionado en el hecho segundo".

Dicen los demandantes que en su escrito de amparo policivo José Agustín Zarta alinderó así el inmueble que consideró poseer: "Partiendo del Magdalena en el punto denominado o donde se encuentra un árbol; se sigue de ahí línea recta y por el sur, en dirección oriente hasta encontrar un mojón de piedra que está colocado en un alto; de ahí se sigue en recta y en la misma dirección hasta el filo donde hay un árbol mulato, donde está colocado otro mojón de piedra, colinda por este costado o sea el sur con la finca denominada El Infiernito, de propiedad de Clímaco Martínez, por el oriente, partiendo del mojón antes citado, se sigue en dirección norte por toda una cuchilla bajando hasta encontrar un árbol naranjuelo, donde está colocado otro mojón de piedra, de este mojón se vuelve hacia el oriente por toda una cerca de alambre, hasta el Alto de Cala, colinda por este costado con Angel María Garzón, hoy de sus herederos, por el Norte, partiendo del Alto de Cala, siguiendo el mismo cerro hasta donde termina la Loma Larga, donde se encuentra el lindero de Vicente Rodríguez antes, hoy de herederos de Cesáreo Pardo; de este punto siguiendo la Loma Larga abajo hasta un monte donde se encuentra una meseta, se sigue en línea recta a dar al punto que se señaló en la escritura de división entre BONIFACIO BEJARANO y MARCOS CRIALES, de este punto que está en la loma que mira hacia el cajón de la Azufrada en su parte baja siguiendo hasta el filo por los linderos de Vicente Rodríguez, hoy de sucesión de Cesáreo (sic) Pardo hasta llegar a la quebrada La Cala, por esta quebrada aguas abajo con la misma colindancia hasta la desembocadura de la misma en el río Magdalena, colinda por este costado con la hacienda de la Isla, de propiedad de la sucesión de Cesáreo Pardo; por el occidente desde el punto antes nombrado se sigue por todo el río Magdalena hasta encontrar el primer lindero o sea el árbol Coma".

5ª Hasta la fecha en que Zarta presentó su demanda de amparo posesorio, es decir hasta el 10 de abril de 1968 y posteriormente, hasta el pronunciamiento del respectivo fallo policivo de primera instancia, los demandantes, ora directamente o ya por conducto de Gustavo Uribe Aldana, ejercieron la posesión regular, quieta y pacífica del terreno materia de esta acción reivindicatoria.

6ª A partir del 24 de julio de 1968, fecha en que se produjo la sentencia en la primera instancia del referido proceso administrativo, el demandado José Agustín Zarta, sin entrega y sin fundamento legal alguno se apoderó del globo de terreno cuya restitución pretenden los demandantes.

7ª El fundo materia de la reivindicación, dicen los demandantes, "es el mismo que correspondió a Cesáreo A. Pardo en el juicio divisorio del inmueble denominado 'CA-

LA', en jurisdicción de Guataquí", protocolizado mediante la Escritura Nº 134 de 18 de febrero de 1921, cuya tradición relacionan así:

A) En la partición del citado proceso divisorio de la mencionada finca "Cala" se adjudicaron a GABRIEL MARTINES dos lotes: el número 1 "por su cuota común"; y el número 3, "por concepto de gastos del juicio divisorio". Se anota aquí que en la sentencia aprobatoria de la partición, se dijo que debía entenderse esta adjudicación a "Cesáreo Pardo";

B) Los dos lotes relacionados en el punto anterior, junto con otros y la antigua hacienda de "LAS ISLAS", conformaron un globo general que su propietario Cesáreo Pardo denominó "Hacienda Las Islas", y que en la sucesión de éste se adjudicó a su cónyuge sobreviviente Felisa Fernández de Pardo. La partición realizada en dicho sucesorio, que fue registrada el 13 de junio de 1932, dice que la finca "Las Islas" consta de varios lotes, entre ellos el denominado "La Azufrada" o "El Triunfo", adjudicados al causante en la división material del terreno denominado "Cala";

C) En la sucesión de Felisa Fernández de Pardo, la hacienda "Las Islas", junto con los lotes relacionados en el punto anterior "e incorporados a dicha hacienda con el nombre de 'LA AZUFRADA' o 'EL TRIUNFO', fue adjudicada" en común y proindiviso a Cesáreo A. Pardo, Gabriel Pardo Fernández, María Teresa Pardo de Uribe, Inés Pardo de Rey, Carmen Pardo vda. de Angulo, Cilia Pardo de Liebisch y Mercedes Pardo de Gaitán. La correspondiente partición y su sentencia aprobatoria fueron registradas el 22 de noviembre de 1946, en el Libro de Causas Mortuorias de la correspondiente oficina de Girardot;

D) María Teresa Pardo de Uribe adquirió luego, mediante Escritura Nº 1104 de 12 de abril de 1950, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá e inscrita el 31 de mayo siguiente, los derechos que en la hacienda "Las Islas" correspondían a Carmen Pardo de Angulo; y Gustavo Uribe Aldana y la misma María Teresa Pardo de Uribe adquirieron, por iguales partes, los que en aquella partición se habían adjudicado a Inés Pardo de Rey, según Escritura Nº 442 de 16 de abril de 1947, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá e inscrita el 12 de mayo siguiente;

E) Los derechos que en la citada finca "Las Islas" correspondieron a Gabriel Pardo Fernández, fueron posteriormente adjudicados en remate a Víctor M. Rosas Ortega, quien luego los vendió a Domingo Gaitán y éste a su vez los enajenó, en común y proindiviso y por partes iguales, a Inés Pardo de Rey, Carmen Pardo de Angulo, María Teresa Pardo de Uribe, Cilia Pardo de Liebisch, Mercedes Pardo de Gaitán y Cesáreo E. Pardo a título de dación en pago, contenida en Escritura Nº 4920 de 3 de noviembre de 1961, pasada ante el Notario 7º de Bogotá e inscrita en la correspondiente oficina de Girardot el 20 de marzo siguiente;

F) Mediante la Escritura pública Nº 51 82, otorgada el 17 de noviembre de 1962 en esa misma notaría y registrada el 28 de marzo siguiente, los condominos de la finca "Las Islas", es decir Carmen Pardo de Angulo, Inés Pardo de Rey, María Teresa Pardo de Uribe, Cilia Pardo de Liebisch, Mercedes Pardo de Gaitán, Cesáreo E. Pardo, Gustavo Uribe Aldana y Fernando Gaitán Pardo, liquidaron la comunidad existente en la sobredicha finca "Las Islas", dejándola subsistente solamente sobre la parte de dicho inmueble que denominaron "La Comunidad";

G) Según la Escritura pública Nº 4596 de 13 de octubre de 1967, el comunero Cesáreo E. Pardo enajenó a favor de la "Compañía Parceladora Limitada", a título de venta, el derecho que él tenía en la citada finca "La Comunidad".

H) Por Escritura Nº 1246 de junio 23 de 1972, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, se protocolizó la partición que del inmueble "La Comunidad" se hizo en el proceso divisorio seguido por Gustavo Uribe Aldana y otros contra Cesáreo E. Pardo y otros, proceso seguido en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá y dentro del cual se hicieron las adjudicaciones referidas en el hecho primero de la demanda.

8ª Según los demandantes, la historia de la titulación del demandado José Agustín Zarta, "en la cual ha pretendido fundamentar su inexistente derecho de propiedad sobre el terreno materia de la reivindicación", es la siguiente:

A) En la partición material del globo de terreno denominado "Cala" se adjudicó a "Jesús Buitrago o Joaquín E. Cortés", según consta en la Escritura Nº 134 de 18 de febrero de 1921, otorgada en la notaría de Girardot e inscrita allí el 7 de marzo siguiente, el lote Nº 2, cuyos linderos son los siguientes:

"Desde el mojón número cinco (5) puesto en la margen derecha del río Magdalena, doscientos más o menos abajo del extremo de la cerca de alambre de Saturnino Sepúlveda, se sigue una recta a sureste, azimut 135º30' a dar al mojón tres (3) puesto en el Alto del Chamizo, en donde hubo una bandera, linda con el lote de gastos; de aquí se sigue una recta hacia el oriente, azimut 104º0' a dar al mojón cuatro (4) puesto en el Alto de Cala, linda con el lote adjudicado el señor Gabriel Martínez S., de aquí se sigue por todo el filo de Cala hacia el sur (subrayo) pasando por los linderos del Tigrito y el Tigre a dar al Alto de Mendoza, en frente a la cabecera de la quebrada de El Purgatorio, de aquí se sigue la quebrada de El Purgatorio hacia abajo, hacia el occidente, hasta su desagüe en el río Magdalena, linda con los potreros de El Infiernito; de aquí se sigue aguas abajo del río Magdalena a dar al punto de partida".

Aseveran los demandantes que esta adjudicación a "JESUS BUITRAGO y/o JOAQUIN E. CORTES", se explica en la partición así: "Ahora, como el señor Criales deja todos estos derechos a la señora Amalia Castro de Buitrago, como aparece de autos, viene a tener la señora Castro de Buitrago o su esposo, Jesús Buitrago quince octavos de derecho en el globo de Cala....; estos derechos han pasado hoy a poder del señor Joaquín Cortés, por instrumento Nº 769 de 25 de mayo de 1908";

B) No obstante lo dispuesto en cuanto a la propiedad de Cortés, el inmueble delimitado en el literal anterior fue incluido en la sucesión de Jesús Buitrago y Amalia Castro de Buitrago, y con base en la adjudicación allí hecha José Vicente Buitrago vendió a Ulpiano Zarta, según Escritura Nº 1558 de 2 de junio de 1949, Notaría 3ª de Bogotá, "la cuarta parte proindiviso de la finca denominada 'CALA'...";

C) A pesar de haber adquirido sólo la cuarta parte del lote adjudicado a Jesús Buitrago en la partición de la "Cala", y no obstante que carecía de título válido dicha adjudicación, posteriormente Ulpiano Zarta "pretendió crearse título por medio de la Escritura Nº 1342 de 15 de diciembre de 1949", según la cual se dividieron entre él y Clímaco Martínez S. el globo total de la finca "Cala";

D) Luego, el lote "que se autoseñaló" Ulpiano Zarta en esa división, fue incluido en el haber de su sucesión y adjudicado allí, en común y proindiviso, el demandado José Agustín Zarta, a María Jesús Rodríguez vda. de Zarta y a Blanca Aurora Zarta; posteriormente estas dos últimas adjudicatarias, mediante Escritura Nº 550 de 9 de mayo de 1968, otorgada también en la notaría de Girardot, vendieron sus derechos al primero, es decir a José Agustín Zarta, quien inmediatamente propone demanda policiva de amparo posesorio contra Gustavo Uribe Aldana.

9ª Aseveran los demandantes que los dos lotes adjudicados a Cesáreo E. Pardo en la partición de la finca "Cala", a que se ha hecho referencia en el literal A., precedente, son los mismos que dentro de la alinderación general de la hacienda "Las Islas" aparecen con el nombre genérico de "La Azufrada" o "El Triunfo", y los mismos que aquí se pretende reivindicar.

10ª Expresan los demandantes, finalmente, que la acción policiva a que atrás se ha hecho alusión no alcanzó prosperidad a la postre, puesto que la Alcaldía de Girardot revocó la sentencia de primera instancia proferida en dicho proceso, ordenando "que las cosas vuelvan al mismo estado que se encontraban antes de iniciarse la demanda".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado, después de negar la mayoría de los hechos invocados en ésta, se opuso a las pretensiones de sus demandantes.

Afirmó que el fundo que él posee es de su propiedad, según la siguiente titulación que entonces aportó para fundar su oposición a la demanda:

a) la Escritura Nº 1558 de 2 de junio de 1949, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá y debidamente inscrita en el registro de Girardot, contentiva de la venta que José Vicente Buitrago hizo a Ulpiano Zarta, padre de José Agustín, de derechos vinculados

en las fincas denominadas "Cala" y "El Infiernito", ubicadas respectivamente en los municipios de Guataquí y Nariño;

b) la Escritura pública Nº 1342 de 15 de diciembre de 1949, otorgada en la notaría de Girardot e inscrita en el registro de allí el 23 de enero siguiente, en la cual se plasmó la partición material que Ulpiano Zarta y Clímaco Martínez Sepúlveda, diciéndose dueños de tales inmuebles, hicieron de las dos citadas fincas "Cala" y "El Infiernito"; y

c) la Escritura pública Nº 550 de 9 de mayo de 1968, otorgada en la misma notaría de Girardot e inscrita en el registro de allí el 15 de ese mismo mes de mayo, mediante la cual José Agustín Zarta Rodríguez compró a María de Jesús Rodríguez vda. de Zarta y a Blanca Aurora Zarta Rodríguez de Salazar, los derechos que a éstas correspondían en la finca "Cala" y que poseían en común y proindiviso por adjudicación en la sucesión de su esposo y padre Ulpiano Zarta Méndez.

En la misma oportunidad el demandado propuso, como excepciones de mérito, las que denominó "falta absoluta de causa en la parte actora por carencia de títulos prevalentes" sobre los suyos; y "prescripción adquisitiva en el demandado", ora ordinaria, "por aparejar a la posesión que se requiere, título sano, ya por haberse poseído a la manera del Art. 2521 del C. C.".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 19 de enero de 1976, mediante la cual, luego de haber declarado imprósperas las excepciones propuestas, condenó al demandado a restituir el predio, pero denegó la condena solicitada por concepto de frutos.

5. Como efecto de la apelación que contra lo así resuelto interpusieron ambas partes, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber agotado el trámite propio de la instancia, en sentencia de 6 de noviembre del mismo año tomó las siguientes decisiones:

a) confirmó el rechazo de las excepciones y la condena impuesta al demandado por concepto de costas procesales; b) declaró que los demandantes son propietarios de los lotes de terreno descritos en el hecho primero de la demanda inicial de este proceso, y que dentro de dicho globo general está incorporado el fundo que posee el demandado José Agustín Zarta; c) condenó a éste, por consiguiente, a restituir a aquéllos dicho lote de terreno y a pagarles *in genere* los frutos naturales y civiles por él producidos "a partir de la contestación de demanda"; y d) condenó a los demandantes a pagar a su demandado el valor de las mejoras útiles puestas por éste en el inmueble, lo mismo que el correspondiente a las expensas necesarias, cuyos montos ordenó liquidar por el procedimiento del caso; y e) finalmente, concedió al demandado el derecho de retención "consagrado por el artículo 970 del C. C...."

III

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de advertir que en el presente se dan cita todos los presupuestos del proceso, indispensables para proferir sentencia de mérito, acomete el Tribunal el estudio de la acción reivindicatoria, que es la que encuentra principalmente deducida en la demanda inicial.

En esta tarea el *ad quem*, con citas legales y jurisprudenciales, se refiere primeramente a la naturaleza de la referida acción y a los elementos que la estructuran; y luego de enunciar éstos, emprende el análisis de las pruebas aducidas al efecto para concluir, con apoyo en ellas, que como en el presente caso tales presupuestos se encuentran justificados "es procedente hacer las declaraciones impetradas" en la demanda incoactiva del proceso.

2. Concretando sus consideraciones al dominio que los demandantes alegan tener sobre el fundo materia de la reivindicación, el sentenciador lo da por demostrado con los siguientes medios de prueba:

a) la copia de la Escritura pública Nº 134 de 18 de febrero de 1921, otorgada en la notoría de Girardot, mediante la cual se protocolizó la partición verificada en el proceso divisorio seguido por Gabriel Martínez S. contra Enrique Cortés respecto al globo de terreno denominado "Cala", en la cual

se adjudicaron al demandante los lotes números 1 y 3, notando aquí el Tribunal que, según lo dice la copia de este instrumento, tal partición se aprobó expresándose en la sentencia respectiva que "debe entenderse la adjudicación a Gabriel Martínez, como hecha a su cesionario Cesáreo Pardo";

b) el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot, expedido el 14 de mayo de 1974 y visible a folios 15 a 23 del cuaderno Nº 4, relativo a la finca denominada "Las Islas", ubicada en el municipio de Guataquí, formada, según lo dice este documento, por cuatro lotes denominados "Las Islas", "San Vicente", "El Bagal", y "La Azufrada" o "El Triunfo".

En esta parte de su sentencia el Tribunal, con apoyo en el referido certificado del Registrador de Giradot, hace la descripción de la tradición del citado inmueble "Las Islas", a partir del 13 de junio de 1932, fecha en que "aparece registrada la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes del señor Cesáreo E. Pardo"; y

c) la copia de la Escritura Nº 1246 de 23 de junio de 1972, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el proceso divisorio seguido por Gustavo Uribe Aldana y otros contra Cesáreo E. Pardo y otros, sobre la hacienda "La Comunidad", en el cual se hicieron las adjudicaciones que el certificado del Registrador relaciona.

Conclusión del ad quem, en el punto, es la de que "Conforme a la relación de títulos contenida en el certificado señalado en autos, procedente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Girardot, aparece probada la tradición del bien inmueble cuya descripción se ha hecho en los hechos 1º y 8º de la demanda y por consiguiente sobre un inmueble que comprende un globo de terreno de propiedad de Zarta o sus padres y hermanos, al cual se agregó —dicen los demandantes—, todo el globo relacionado en el hecho segundo de esta demanda".

3. En lo que respecta al factor de la posesión material del predio por parte del demandado, lo da también por establecido el Tribunal, en primer lugar, con la confesión de aquél que encuentra vertida en la actuación del proceso de amparo seguida ante los funcionarios de policía, y con la que él mismo hizo al contestar los hechos 4º y 12º de la demanda con la cual se inició el presente; en segundo término, con la inspección judicial practicada por el juez del conocimiento "sobre el inmueble pretendido en reivindicación"; y, por último, con los testimonios de Leopoldo Pinzón Téllez, Jesús María Trujillo, Isaías Bocanegra y Sandalio Redríguez Abril.

4. En lo atinente al presupuesto de la singularización del bien cuya restitución persiguen los demandantes, después de referirse a los hechos primero y segundo de la demanda inicial, el sentenciador lo da por demostrado.

Al punto dice: "Por cuanto la súplica a) de las peticiones de la demanda versa sobre declaratoria de propiedad en relación con los lotes descritos en el hecho 1º y las súplicas b) y c) de aquellas mismas peticiones se refieren concretamente al lote de terreno alinderado en el hecho 2º, del cual se pide condena contra el demandado, no se presenta duda acerca del segundo elemento necesario en acciones de dominio, a saber: se trata de cosa sigular reivindicable debidamente determinada en autos".

5. Por último, relativamente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda, como materia de reivindicación, y el que es poseído por el demandado, el Tribunal lo da por demostrado con la confesión de éste, con la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso, y, además, con el dictamen rendido por los peritos Gustavo Buendía Trujillo y Evaristo Escobar.

6. Deducida, pues, por el Tribunal la concurrencia en el presente caso de los presupuestos esenciales de la pretensión reivindicatoria, avoca el estudio de las excepciones propuestas por el demandado.

Frente a la primera, o sea la que éste llamó carencia de títulos prevalentes por parte de los demandantes, el Tribunal la desecha después de referirse al contenido de las escrituras públicas aportadas por el excepcionante y al certificado correspondiente del Registrador de Girardot. Dice, en efecto, que tales documentos señalan al demandado José Agustín Zarta Rodríguez, "como adjudicatorio y condueño de derechos proindiviso adjudicados en la sucesión de Ulpiano Zarta Méndez, pues la Escritura 550, no cobija como vendedor de

su derecho a Jacobo Zarta Rodríguez que figura también como adjudicatario en la mencionada sucesión".

En cuanto a la de prescripción, considera el sentenciador "inútil" su estudio, "pues como se vio en la titulación por él (el demandado) acompañada no lo muestra como dueño absoluto de una determinada porción de terreno sino de algunos derechos proindiviso en calidad de adjudicatario y adquirente de bienes que pertenecieron a la sucesión de Ulpiano Zarta".

Estima además el ad quem, para negar la prescripción, que el demandado "ninguna posesión —en el espacio y en el tiempo— demostró con respecto al inmueble de que trata la presente acción ordinaria".

7. En relación con las prestaciones mutuas debidas por las partes como consecuencia de la prosperidad de la reivindicación, el sentenciador las regula sobre la base de considerar al demandado como poseedor de buena fe.

Al punto dice que como no existe en autos prueba de mala fe por parte del demandado, "la restitución de frutos que conlleva la reivindicación únicamente puede imponerse desde la contestación de la demanda"; y que los demandantes están obligados a pagar a aquél, por su parte, el valor de las mejoras hechas en el inmueble y las expensas necesarias invertidas en él.

IIII

El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandado. En la correspondiente demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil el recurrente le formula dos cargos, de los cuales se despacha al primero que a juicio de la Corte, viene fundado en razones suficientes para casar el fallo del Tribunal.

Primer cargo

1. Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal de ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 569, 673, 740, 741 y 946 del Código Civil; y por falta de aplicación, de los textos 745, 749, 756, 762 y 1857, inciso 2º, ibídem como consecuencia de los errores de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas relacionadas con el dominio.

Concretando los yerros de jure que denuncia, el censor dice que éstos se encuentran en los siguientes dos aspectos: a) en que el Tribunal tuvo en cuenta, cuando no ha debido hacerlo, tanto las Escrituras Nos. 134 y 1246 de febrero de 1921 y junio de 1972, como el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot sobre tradición de los predios "Las Islas" y "La Comunidad"; y b) en que contraviniendo lo estatuido por el artículo 745 del C. C., "acogió como plena prueba del dominio del bien objeto de la reivindicación en cabeza de los demandantes, la simple descripción y enumeración de los títulos traslaticios fundado en el certificado del Registrador de Girardot, sin que aparezcan por parte alguna los títulos de dominio incorporados legalmente, y agregando a esta enumeración, entre otros, la Escritura pública 1246 de 23 de junio de 1972 que no es prueba de éste.

La censura señala, como violación medio, la de los artículos 174, 177, 183, 187, 256, 257, 264, 265 y 266 del Código de Procedimiento Civil.

2. Desarrollando el cargo por el primer aspecto el recurrente, después de observar que según memorial de la parte demandante de 11 de junio de 1974, ésta presentó entonces al juzgado los citados escrituras y certificado del Registrador, asevera que estas pruebas, "no fueron presentadas, ni siguieron en su ritualidad y diligenciamiento los trámites legales ya que no lo fueron con la demanda sino enunciadas y pedidas en ella..."; y que si bien el Juzgado ordenó solicitarlas, para lo cual libró los despachos Nos. 048, 049 y 050 a las respectivas oficinas, los que el peticionario de la prueba retiró, "estos despachos no aparecen allegados debidamente diligenciados como era su ritualidad y por consiguiente tales pruebas no fueron aportadas conforme al procedimiento indicado en el Código, puesto que no se agregaron en la oportunidad probatoria señalada para la prueba documental conforme al inciso 2º del artículo 183 ni conforme al 6º del 77..."

Continuando en el desenvolvimiento de

la censura añade el objetante que, de otra parte, la Escritura Nº 1245 de junio 23 de 1972 traída así el proceso, "es copia parcial, recortada e incompleta del documento público, razón por la cual se hacía obligatorio dar aplicación al artículo 257, ordenando su admisión a fin de que dentro de los tres días siguientes a la notificación de tal providencia pueda solicitarse adición sobre ese documento"; y que como el juzgado no profirió auto admitiendo ese documento como prueba, la parte contra la cual se opone no pudo pedir la correspondiente adición.

Agrega el impugnador que el quebranto por el Tribunal de las normas procesales citadas, lo "llevaron en su sentencia a valorar las pruebas descritas en relación al derecho de dominio en la persona de los demandantes, tanto en razón del título como de la tradición del inmueble", error de derecho que lo "condujo a violar en forma indirecta los artículos 669, 740 y 741 del Código Civil, por aplicación indebida, ya que reconoció dominio de los demandantes sobre los predios relacionados en los hechos 1º), 2º) y 8º) de la demanda cuando no existe la prueba legal y conducente, ni tampoco se encuentra debidamente incorporada al proceso para demostrar ese derecho; ni se demostró con los documentos legales que conforman el título, la tradición de que tratan los citados artículos 740 y 741, disposiciones que en consecuencia aplicó en forma indebida".

3. Con el propósito de demostrar el cargo por su segundo aspecto, observa el casacionista que el Tribunal, para dar por demostrado el dominio del inmueble materia de la reivindicación en cabeza de los demandantes, tomó apoyo en las sobredichas Escrituras números 134 y 1246 de 18 de febrero de 1921 y 23 de junio de 1972 y en el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot; pero que "no tuvo en cuenta que la tradición para que valga requiere título traslaticio conforme al artículo 745 del C. C. y sin que exista la prueba relacionada con la hijuela de adjudicación a GUSTAVO URIBE ALDANA y MARIA TERESA PARDO DE URIBE en su totalidad, y encontrándose las hijuelas de los restantes demandantes incompletas, como aparece de la Escritura Nº 1246 que se agregó al proceso, otorgándole valor de plena prueba de dominio a esta escritura y a la relación de tradición contenida en el certificado del Registrador".

Continúa el censor afirmando que perseveró el Tribunal en el error de dar validez a la tradición del inmueble "La Comunidad" únicamente con el certificado del Registrador, y fundándose en que éste expresa que se inscribieron, en relación con ese bien, los títulos escriturarios que dicho documento indica. Dice por tanto el recurrente que si bien en dicho certificado se anota el registro de la Escritura Nº 5182 "de fecha 17 de 1961", "también es igualmente cierto que esta escritura no aparece presentada con la demanda, ni enunciada ni pedida en ella, ni agregada al expediente", por lo que, concluye, no hay prueba idónea de que los comuneros del predio "Las Islas" hubieran procedido a la división material de éste, dejando en común y proindiviso, tal cual se afirma en la demanda, un lote que luego denominaron "La Comunidad".

Que si bien es cierto que en dicho certificado se expresa que se inscribió en el Registro de Girardot la partición y la sentencia aprobatoria en el proceso de sucesión de Felisa Fernández de Pardo, "en el expediente no aparecen las hijuelas de adjudicación a sus herederos"; que tampoco aparece, como que ni fue pedida ni por ende decretada, la hijuela que se formó a la Fernández de Pardo en la sucesión de Cesáreo A. Pardo, referente a la adjudicación a aquélla del derecho de dominio sobre la finca "Las Islas". Añade la censura que si bien el aludido certificado del Registrador alude a la inscripción de los siguientes títulos, es lo cierto que ninguno de ellos aparece incorporado al proceso:

a) la Escritura 442 de 16 de abril de 1947, Notaría 5ª de Bogotá, mediante la cual los demandantes Gustavo Uribe Aldana y María Teresa Pardo de Uribe compraron a Inés Pardo de Rey los derechos que a ésta correspondieron en la división de la finca "Las Islas";

b) la Escritura Nº 1104 de 12 de abril de 1950, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, relacionada con la permuta que de sus derechos en esa sucesión hicieron Carmen Pardo de Angulo y Cilia Pardo de Liebisch a favor de María Teresa de Uribe;

c) "Tampoco obra (en el expediente) la diligencia de remate verificada en el proceso del interdicto Gabriel Pardo Fernández sobre los derechos de éste en la finca 'Las Islas', derechos adjudicados a Victor Rojas Ortega, ni la Escritura Nº 2668 de 30 de junio de 1958 de la Notoría séptima, mediante la cual ROJAS ORTEGA dijo vender a DOMINGO GAITAN PARDO aquellos derechos";

d) la Escritura Nº 4920 de 3 de noviembre de 1961, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, relacionada en el punto segundo del certificado del Registrador como contentiva de la dación en pago de Domingo Gaitán Pardo a favor de Cesáreo E. Pardo, Inés Pardo de Rey, Carmen Pardo de Angulo, María Teresa Pardo de Uribe, Cilia Pardo de Liebisch y Fernando Gaitán;

e) La Escritura 6745 de 27 de diciembre de 1963 pasada en la Notaría 3ª de la misma ciudad de Bogotá para acreditar la trasferencia que relativamente a sus derechos en la finca "La Comunidad", hizo Oscar Hiebisch Pardo a Cilia Pardo de Hiebisch; y

f) la Escritura Nº 4596 de 13 de octubre de 1967, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, que según la demanda y el certificado del Registrador contiene la venta que en favor de la sociedad "Compañía Parceladora Limitada" hizo el comunero Cesáreo E. Pardo, de los derechos que a éste correspondían en la finca "La Comunidad".

4. Concluyendo la formulación del cargo por el segundo de los aspectos dichos, el censor concreta el yerro de derecho que denuncia, afirmando que éste consiste en que el Tribunal dio "pleno valor a la relación de tradición del inmueble denominado 'LA COMUNIDAD', cuyo juicio divisorio cursó en el Juzgado Trece Civil de este Circuito y cuya partición fue aprobada por sentencia registrada en el Libro 1º Tomo 2º bajo la partida 242 con fecha 19 de abril de 1972 y protocolizada con las respectivas hijuelas de adjudicación por la Escritura 1246 de 23 de junio de 1972, adjudicación, según el certificado, hecha a favor de los demandantes, sin tener en cuenta que para la validez de la tradición del inmueble se requiere título traslaticio de dominio".

IV

Consideraciones de la Corte

1ª) El dominio, como derecho real que es, se caracteriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir la cosa sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre.

Por ello el Código Civil Colombiano, después de definir el derecho real de propiedad como el que se tiene "en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (Art. 669), se ocupa, en el Título 12 de su Libro 2º, de la acción reivindicatoria, consagrándola como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consubstancial al dominio, y obtener la consecuencial restitución de la cosa a su dueño.

En dicho título, luego de definir la acción de dominio como "la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla", el legislador reglamentó separadamente en cuatro capítulos las "cosas que pueden reivindicarse", "quién puede reivindicar", "contra quién se puede reivindicar", y las "prestaciones mutuas", regulaciones de las cuales importa considerar aquí, por ser relievantes en el cargo que se estudia, las atinentes a la legitimación activa en los procesos reivindicatorios.

2ª) Por definición, la acción de dominio o reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa singular (Art. 946). Por cuanto fluye del derecho de dominio, dicha acción corresponde, en principio, "al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa", según lo consagra el artículo 950 del mentado código.

Reiteradamente ha dicho la doctrina de la Corte que si el derecho de propiedad se ha de entender como el poder jurídico que su titular tiene sobre una cosa para usar, gozar y disponer de ella directamente y sin respecto a determinada persona, la restitución que se busca mediante la acción reivindicatoria no pasa de ser una consecuencia necesaria del carácter absoluto o erga omnes de ese derecho.

Puede reivindicar, por lo tanto, no sólo el verdadero propietario que tenga la propiedad libre de toda condición y limitación, el dueño de un bien que no se halle gravado con un derecho real principal a favor de otra persona; sino también el propietario que está obligado a restituir la cosa eventualmente en caso de verificarse una condición, o el nudo-propietario cuyo dominio esté limitado por un derecho de usufructo, de uso o de habitación.

Como excepción a este principio nuestra ley concede la referida acción, según lo preceptúa el artículo 951 ibídem, "al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción", la que sin embargo no puede incoar contra el verdadero dueño del bien, ni contra el tercero que lo posea con igual o mejor derecho. Se trata entonces de la llamada concretamente acción publiciana, que el derecho romano consagró sobre la ficción del cumplimiento de una usucapión que no se había realizado aún.

3ª) Con base en la finalidad jurídica propia de la reivindicación, cual es en suma restituir a su dueño las cosas que otro posee, el derecho probatorio impone a quien ejercita tal acción, en primer lugar, la obligación de demostrar que es el propietario del bien que pretende reivindicar, como quiera que es este uno de los supuestos de hecho del precepto legal que consagra el efecto jurídico perseguido. Sin esta prueba la pretensión del demandante no alcanzará prosperidad, desde luego que no podría darse el efecto sin la causa.

"La persecución y por tanto la reivindicación, —dijo la Corte en sentencia de 27 de abril de 1955— no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho sino también que éste sea atacado en forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión en que radica el derecho" (G. J., Nº 2153, pág. 86).

4ª Si la ley procesal obliga al demandante en reivindicación a demostrar que es el propietario de la cosa cuya restitución busca, para la prosperidad de su pretensión tendrá que hacerlo con la prueba idónea y eficaz para ello: cuando la acción en comento verse sobre inmueble ese deber probatorio sólo se logra, según lo imperado por los artículos 745, 749 y 756 del Código Civil; 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970; y 253, 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil, mediante la escritura pública debidamente registrada, o el título equivalente a ella, con lo cual caracteriza su mejor derecho que el demandado a poseer la cosa.

Porque, como lo tienen averiguado la doctrina y la jurisprudencia, para el éxito de la acción reivindicatoria al reivindicador no le basta la aportación de títulos; sino que es menester además que con ellos infirme o desvirtúe la presunción de dominio que conforme al artículo 762 del C. C., ampara al poseedor demandado, lo que logra presentado una titulación anterior a dicha posesión, y también anterior a la que presente su demandado en las hipótesis en que éste, a más de su posesión, se defienda con la aducción de títulos de propiedad.

Sobre este aspecto de la pretensión reivindicatoria tiene dicho la Corte: "Como el demandado poseedor lo ampara la presunción de dueño de que trata el artículo 762 del C. C., esa presunción, para que triunfe el demandante, tiene que ser destruida por un título de dominio del demandante, que sea anterior a la posesión del demandado. Esto tiene lugar cuando la reivindicación se dirige contra un poseedor que no exhibe ningún título inscrito.

"Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación de los títulos del demandante con los del demandado, para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del actor deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado.

"Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del actor, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del actor, la petición reivindicatoria de éste no puede prosperar.

"Mas, aún cuando el poseedor no presente ningún título y el reivindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suce-

der que si la posesión data de treinta años (hoy veinte) y se alega la prescripción adquisitiva por el poseedor, éste no sólo sea absuelto, sino que se le reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fenómeno de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseido diez años y presentando un título posterior al del reivindicador, alegue la prescripción adquisitiva ordinaria.

"Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del demandado o a los títulos que éste presenta y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la probatio diabólica" (G. J., Nº 1937, pág. 626).

5ª) Los demandantes adujeron como título justificativo del derecho de dominio por ellos pretendido, fotocopia de la Escritura pública Nº 1246 de 23 de junio de 1972, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el proceso divisorio que en relación con la hacienda "La Comunidad", "antigua hacienda 'Las Islas' ", ubicada en la jurisdicción municipal de Guataquí, se siguió en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá por Gustavo Uribe Aldana y otros contra Cesáreo. E. Pardo y otros. Según lo dice este documento, la partición que en dicho proceso se realizó de la mentada finca "La Comunidad" se hizo entre las siguientes personas y en los porcentajes que se indican: Gustavo Uribe Aldana y María Teresa Pardo de Uribe, el 54,7722%; Inés Pardo vda. de Rey, el 3,60250%; Cilia Pardo de Liebisch, el 1,80125%; Compañía Parceladora Ltda., el 24,78025%; Mercedes Pardo de Gaitán y Fernando Gaitán Pardo, el 15,04375%. Es decir, que a más de los 5 demandantes tambien recibieron adjudicación estos dos últimos comuneros.

Pero aún haciendo abstracción del cercenamiento que este documento presenta en su contenido, pues aparece incompleto en relación con las adjudicaciones que se hicieron a algunos demandantes, esa escritura contentiva de hijuelas tomadas de un proceso de partición de comunidad, por ser título declarativo y no atributivo de dominio, no es prueba eficaz, por sí sola, para justificar, frente a un tercero que aduce un título anterior, la radicación del derecho de dominio en cabeza de los demandantes. La doctrina de la Corte tiene dicho y aceptado reiteradamente, en efecto, que las hijuelas de adjudicación expedidas en procesos de partición de bienes comunes o de bienes herenciales, por sí solas, ni aún revestidas de todas las formalidades de la ley, no son prueba cierta de que el dominio vinculado a esos bienes se haya radicado por modo legal en cabeza de la comunidad o del causante; ni pueden dar causa para estimar que por el hecho de haberse enlistado un bien en los inventarios y adjudicado luego a un heredero o comunero, tales ocurrencias, aisladamente consideradas, puedan tener la virtud de fijar en cabeza del adjudicatario el dominio de bienes que se ignora si en su tiempo radicaron en cabeza del causante.

Reiterando su tradicional doctrina en el punto, en sentencia de 6 de septiembre de 1966 dijo la Corte: "I) Antes que todo vale recordar que, en materia de reivindicación y según doctrina aceptada, la hijuela expedida en un juicio de partición de bienes comunes o de bienes herenciales, es título suficiente para comprobar el dominio, salvo que a ella se le oponga otro título anterior o una posesión también anterior. En estos casos de excepción se requiere completar la hijuela con el título o títulos del causante para que ella conserve su eficacia probatoria frente a quien ha sido opuesta. Así lo expresó la Corte en casación de 22 de mayo de 1940 (XLIX, 313), y posteriormente, en casación de 31 de octubre de 1955, comprendió su doctrina en estos términos: 'La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa. Puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) Es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o a sus causahabientes; y b) lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros, según el caso' (LXXXI, 512)".

6ª) Aplicando los anteriores principios doctrinarios y jurisprudenciales al caso sub judice, se tiene:

El demandado José Agustín Zarta, a más de haberse defendido invocando posesión del bien, anterior al título que los demandantes adujeron, funda su oposición en la afirmación de ser dueño del fundo por haberlo adquirido por compra que hizo a María de Jesús Rodríguez vda. de Zarta y Blanca Aurora Zarta Rodríguez de Sabogal, mediante Escritura pública Nº 550 de 9 de mayo de 1968, otorgada en la Notaría de Girardot e inscrita en el registro de allí el 15 siguiente. Y demostró, además, con las copias de las Escrituras números 1342 de 15 de diciembre de 1949 y 1658 de 2 de junio del mismo año, otorgadas respectivamente en las notarías de Girardot y Tercera de Bogotá, que el causante de sus tradentes en el dominio sobre la finca "Cala", Ulpiano Zarta Méndez, lo había adquirido por compra que hizo a José Vicente Buitrago.

En las circunstancias apuntadas es preciso afirmar que la Escritura Nº 1246 de 23 de junio de 1972, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, contentiva de las hijuelas que los demandantes aportan como título justificativo del dominio sobre el bien que pretenden reivindicar, por ser posterior al título y a la posesión que el demandado invoca en su defensa, no es suficiente para comprobar ese derecho de dominio. Para que lo fuera se hacía indispensable, por lo atrás dicho, que los adjudicatarios en la división hubieran agregado a sus hijuelas los títulos que acrediten que el bien a ellos adjudicado perteneció ciertamente a la comunidad liquidada.

7ª) La anotada omisión no la suple la presencia en el proceso de la copia de la Escritura Nº 134 de 18 de febrero de 1921, contentiva de las hijuelas que en el proceso de división de la finca "Cala", se hicieron a "Jesús Buitrago o Joaquín E. Cortés" y a Gabriel Martínez R., muy a pesar de que en la sentencia aprobatoria de la partición se haya dicho que la adjudicación a éste debía entenderse "como hecha a su cesionario Cesáreo Pardo", pues tal escritura dista, y en mucho, de acreditar que la comunidad formada por los demandantes hubiese adquirido el dominio sobre el fundo que luego dividieron según la mentada Escritura Nº 1246 de 23 de junio de 1972.

Según la relación de títulos que trae el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot expedido el 14 de mayo de 1974, se dice que allí aparece registrada, con fecha 22 de noviembre de 1946, "la partición, sentencia aprobatoria y auto de ejecutoria de la sucesión de la señora FELISA FERNANDEZ DE PARDO, en la cual se adjudicó el derecho de dominio sobre la finca llamada "Las Islas", ubicada en el municipio de Guataquí, en común y proindiviso, a Gabriel Pardo Fernández, María Teresa Pardo de Uribe, Inés Pardo de Rey, Carmen Pardo vda. de Angulo y Cilia Pardo de Liebisch. No aparecen en el proceso, como que ni siquiera se intentó pedirlas para que obrara en él, las hijuelas de adjudicación de estos herederos de la causante, que acrediten su derecho sobre el bien denominado antiguamente "La Comunidad".

Expresa además el certificado del Registrador que allí se inscribió, desde el 10 de abril de 1947, la Escritura Nº 662 de 22 de abril de 1932, otorgada en la Notaría 4ª, del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó el sucesorio de Cesáreo A. Pardo, en el cual se adjudicó a Felisa Fernández de Pardo, entre otros bienes, el derecho de dominio sobre la finca "Las Islas". Tampoco aparece en el proceso, desde luego que ni siquiera se pidió allegarla a él, la copia de esa escritura pública, y por lo mismo tampoco puede darse por demostrado el dominio que sobre ese fundo hubiese adquirido la citada Fernández de Pardo.

Ni se allegó al proceso la copia de la Escritura pública Nº 4596 de 13 de octubre de 1967, otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, que según el certificado del Registrador indicado contiene la venta que a favor de la demandante "Compañía Parceladora Limitada" hizo el comunero Cesáreo E. Pardo, de los derechos que a éste correspondían en la hacienda "La Comunidad", y que es el título que dicha sociedad invoca en apoyo de la reivindicación que conjuntamente con otros ejercita.

8ª) Como ya está dicho, el proceso reivindicatorio tiene como premisa fundamental la prueba del dominio aducida por el actor, que tratándose de inmuebles consis-

te en la presentación de la copia de la escritura pública debidamente registrada, según lo preceptúan los artículos 256 y 265 del Código de Procedimiento Civil, en concomitancia con los textos 43 y siguientes del Decreto Nº 1250 de 1970.

Por consiguiente no cabe admitir, cual lo acepta la sentencia aquí recurrida, que la simple certificación del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de la adjudicación hecha a una persona en procesos de división del bien común o de sucesión y en que se hace referencia al registro de la sentencia aprobatoria de la partición, supla la prueba de tal sentencia; como tampoco es jurídico aceptar que el otorgamiento de una venta y su registro pueda demostrarse solamente con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, sin que obre la escritura correspondiente, pues ello significaría otorgar a tal certificación un alcance probatorio que la ley no le concede.

Bien es verdad que, según lo preceptúan los artículos 54 a 57 del Decreto Nº 1250 de 1970, las oficinas de registro deben expedir certificados sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, "mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas"; pero no es menos cierto que tales certificaciones no suplen la ausencia del correspondiente título, del cual, en caso de pérdida o destrucción, sólo se tendrá "como prueba supletoria la copia expedida por el Registrador con base en la que conserva en su archivo, siempre que la expedición sea decretada por autoridad competente" (Art. 46 ibídem).

9ª) Dedúcese de todo lo dicho que el Tribunal sentenciador, al haber atribuido a las hijuelas de adjudicación de los demandantes, contenidas en la mentada Escritura Nº 1246 de 23 de junio de 1972 otorgada en la Notaría 13 de Bogotá, complementada con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot de 14 de mayo de 1974, eficacia aprobatoria para acreditar el derecho de dominio que ellos alegan tener sobre el inmueble cuya restitución pretenden, y por ende idoneidad suficiente para reivindicarlo frente de un tercero que allegó titulación anterior y que invocó también posesión anterior, incurrió en el error de derecho que la censura le endilga.

Y como dicho yerro fue la causa determinante de su fallo estimatorio de la pretensión reivindicatoria deducida en la demanda, la sentencia del ad quem debe casarse por haber quebrantado indirectamente, por los conceptos que el cargo indica, los preceptos sustanciales que el recurrente señala en su demanda.

V

Sentencia sustitutiva

1. Como quedó visto al analizar el cargo que encontró prosperidad, la prueba documental allí estudiada no autoriza, por su contenido, afirmar que está justificado el derecho de dominio que los demandantes han invocado como fundamento de sus pretensiones.

No encontrándose, pues, comprobado el dominio de los actores sobre los bienes que les fueron adjudicados según la Escritura pública Nº 1246 de 23 de junio de 1972, es procedente la negativa de las peticiones deprecadas en la demanda reivindicatoria aducida, sin necesidad de estudiar los otros extremos de la acción —singularidad, identidad de la cosa y posesión del demandado—porque como lo tiene repetido la jurisprudencia, la no demostración de uno de los presupuestos esenciales de la pretensión reivindicatoria conduce a su inevitable fracaso, sin que para ello sea indispensable que el fallador entre al estudio de los restantes.

2. No lo estimó así sin embargo el juzado a quo, quien, contrariamente, reconoció el dominio alegado y por ende ordenó la reivindicación suplicada. Este fallo, por lo dicho, debe ser infirmado para, en su lugar, despachar negativamente todas las peticiones de la demanda, aún prescindiendo del estudio y decisión de las excepciones propuestas por el demandado pues la absolución de éste lo hace innecesario.

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 seis (6) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Gustavo Uribe Aldana y otros contra José Agustín Zarta, y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. REVOCASE en todas sus partes la sentencia de diez y nuevo (19) de enero del mismo año (1976), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot;

Segundo. DENIEGANSE, en su lugar, todas las pretensiones deducidas por los demandantes en la demanda con la cual se inició el proceso, y consecuencialmente se absuelve al demandado de los cargos que en dicho libelo se formulan contra él;

Tercero. CONDENASE a los demandantes al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso; y

Cuarto. DECLARASE no haber lugar a costas en el recurso extraordinario.

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar, Secretario

BANCOS

Canje: Presentación de cheque en Cámara de Compensación

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

(Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de "BANCO DE COLOMBIA S. A." contra "BANCO DEL ESTADO S. A. Suc. de Bogotá".

Antecedentes

1. Por libelo que en repartimiento le correspondió conocer al Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, solicitó el Banco demandante que en contra del Banco demandado se hiciesen las declaraciones siguientes:

a) Que el Banco del Estado, sucursal de Bogotá, debe pagarle al Banco de Colombia, la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($850.000.00), o la cantidad que del proceso resulte a cargo de aquél.

En subsidio, "que en la cuenta corriente que el Banco de la República lleva a los distintos Bancos que funcionan en Bogotá para regular sus recíprocas operaciones de canje de consignaciones y otros, debe cancelarse el cargo hecho al Banco de Colombia y el abono hecho al Banco del Estado por la suma de $850.000.00".

b) Que el Banco del Estado, Suc. de Bogotá, debe pagarle al Banco de Colombia el valor de los intereses comerciales sobre la suma a que sea condenado en virtud de la anterior petición, desde el 20 de septiembre de 1967 hasta el reintegro del capital.

En subsidio, "que esos intereses se deben pagar desde la fecha que del proceso resulte, hasta el día del reintegro del capital".

c) Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

II. Los hechos fundamentales de la causa petendi pueden resumirse así:

a) Ida García León abrió en el Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, la cuenta corriente Nº 414720, la que luego fue sustituida por otra como consecuencia de habérsele extraviado su chequera.

b) El 15 de junio de 1967, Luis Alirio Valero abrió su cuenta corriente en el Banco del Estado, Suc. de Bogotá, y el 18 de septiembre del mismo año consignó allí un cheque supuestamente girado por la mencionada García León contra la cuenta corriente Nº 414720 que aquélla tuvo en el Banco de Colombia, documento que formaba parte del talonario de cheque extraviado a la cuenta-correntista.

c) El cheque consignado en la cuenta de Valero en el Banco del Estado y "contra el Banco de Colombia, Suc. de Chapinero, jamás llegó a éste y por ese motivo nunca tuvo oportunidad el Banco de Colombia para rechazar ese cheque el mismo día en que debió ser enviado al canje por el Banco del Estado".

d) Explicando el libelista la operación de canje de cheque a través de la Cámara de Compensación del Banco de la República, afirma en los hechos subsiguientes, que cuando un banco recibe un cheque a cargo de otro, consignado en alguna cuenta corriente abierta en el primero, "al finalizar el día lo envía con los demás similares a cargo del Banco girado, en un sobre especial para este Banco, a la Cámara de Compensación del Banco de la República, procediéndose a hacer un asiento total del débito contra Redesbancos por la totalidad

del envío; cada sobre es colocado en la cajilla o buzón que todos los Bancos tienen para ese efecto en la Cámara de Compensación". Y agrega luego: "Esos cheques recibidos en consignación para canje son enviados por el Banco consignatario a la Cámara de Compensación del Banco de la República en tantos sobres como Bancos, contra los cuales no se haya hecho ninguna consignación ese día es forzoso enviar un sobre vacío, con el fin de que cada Banco remita tantos sobres como Bancos y Sucursales halla en la ciudad, menos el suyo propio". Y continúa: "cuando un Banco recibe el sobre con los cheques de compensación consignados en otro Banco o vacío, éste conserva un desprendible firmado por el empleado de aquél, que es la prueba de tal hecho".

e) Mas ocurrió que el cheque consignado por Valero en su cuenta corriente del Banco del Estado, por la suma de $850.000.00, y que afirma esta entidad que lo remitió a la Oficina de Compensación del Banco de la República, "jamás fue recibido por el Banco de Colombia ni por ningún funcionario de éste", como tampoco apareció en aquel Banco el desprendible, lo que significa que el Banco demandante "no recibió el sobre correspondiente al Banco del Estado de la supuesta consignación".

f) En los hechos 15 a 18 afirma el demandante que él "dejó en el Banco de la República constancia de que no había recibido un sobre de compensación (debía recibir uno por cada Banco existente en Bogotá), o sea que hubiera o no cheques contra aquél consignados en estos. El único sobre que no le fue entregado ese día al Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, fue el del Banco del Estado, lo cual prueba que jamás llegó a poder de aquél el cheque de los $850.000.00. Hubo, pues, una maniobra de quienes manejaron las consignaciones contra otros Bancos, hechas en el Banco del Estado, y por tanto de funcionarios de éste, para que no llegare dicho cheque al Banco de Colombia e impedir que éste lo rechazara por falso y por falta de fondos y cuenta cancelada. O ese sobre con la aludida consignación se perdió en el Banco del Estado o en el recorrido entre éste y la Cámara de Compensación del Banco de la República, es decir, mientras estuvo bajo el cuidado de funcionarios del Banco del Estado. De todas maneras, ese sobre no se perdió en poder de funcionarios del Banco de Colombia, porque jamás llegó a manos de éstos".

g) Una vez que el Banco de Colombia tuvo noticia de que el Banco del Estado había recibido la consignación mencionada, procedió a avisarle a éste "que no se había canjeado y que se trataba de un cheque sin fondos y girado con chequera extraviada y con firma falsificada, es decir sin ningún valor"; empero, desafortunadamente el Banco del Estado había aceptado giros contra la cuenta corriente de Valero por la suma de $520.000.00 y sólo quedaban en dicha cuenta, de la consignación fraudulenta, la cantidad de $330.000.00, desconociéndose la suerte que haya corrido este saldo, pero supone que el Banco del Estado no permitió retirarlos de la aludida cuenta, pues de lo contrario habría incurrido en culpa.

h) Al no recibir el Banco del Estado "el desprendible que acreditara que el Banco de Colombia había recibido por su parte el referido cheque de $850.000.00, debía aquél haber suspendido el mismo día del supuesto canje el pago de todo giro contra esa cuenta corriente, y en vez de hacer esto procedió a cancelar en los siguientes días giros con gravísima culpa".

i) No existiendo fondos "en la cuenta corriente del Banco de Colombia contra la cual se giró dicho cheque y siendo además falso y girado en chequera cancelada y contra cuenta cancelada, es obvio que el Banco de Colombia no puede ser obligado a pagar su valor, ni se le puede cargar dicha suma, porque para él nunca existió y en todo caso era un papel sin ningún valor que no lo obligaba. El Banco del Estado pretende sin embargo que el Banco de Colombia pierda el valor de la mencionada consignación fraudulenta y del pago indebido hecho por aquél de cheques girados contra ella".

j) Finalmente en los hechos 30 a 33 afirma el demandante que todo lo anterior pone de presente "una lesión patrimonial para el Banco de Colombia, equivalente a la suma de $850.000.00, y sus intereses comerciales corrientes desde el día en que se contabilizó esa operación en el Banco de la República, hasta cuando le sea reintegrada dicha suma a aquél. Habiendo pa-

gado el Banco del Estado el mencionado cheque sin que el Banco de Colombia lo hubiera recibido y aceptado, a aquél le corresponde asumir esa pérdida. También en razón de la conducta culposa de los funcionarios del Banco del Estado, éste está obligado a sufrir dicha pérdida. En todo caso el Banco de Colombia no está obligado legal ni contractualmente a asumir esa pérdida, y tiene derecho a que se le cancele ese cargo, o se le restituya ese dinero, con los intereses".

III. Por escrito de 29 de marzo de 1971, el Banco demandado procedió a responder el libelo demandatorio en el sentido de aceptar algunos hechos, de negar otros, de desconocer unos cuantos, de aclarar los restantes, para finalizar con oposición a lo pedido y con la formulación de las excepciones que denominó de "ilegitimidad de personería de la parte demandada y demandante, carencia de acción y prescripción".

IV. El opositor, en desarrollo de la pretendida aclaración a los hechos de la demanda, refiere en síntesis lo siguiente:

a) Que Valero solicitó al Banco del Estado la apertura de su cuenta corriente el 9 de junio de 1967 y éste la aceptó el 15 del mismo mes y año, previa las averiguaciones de rigor.

b) Que si el actor afirma que la chequera perteneciente a Ida García León se extravió días antes de la consignación, el Vicepresidente del Banco de Colombia, en carta de 23 de septiembre de 1967, dice que la cuenta corriente de ésta sólo se canceló el 18 de septiembre, "esto es, el propio día del supuesto ilícito".

c) Que no correspondía al Banco del Estado sino al de Colombia establecer la autenticidad de las firmas, porque sólo éste estaba en capacidad de ello y se hallaba en la obligación de hacerlo.

d) Que el movimiento pequeño o grande de una cuenta es frecuente en los Bancos y es un hecho desprovisto de importancia.

e) Que el cheque consignado por Valero en el Banco del Estado fue entregado al Banco de Colombia "en la CAJA DE COMPENSACION DEL BANCO DE LA REPUBLICA y que el BANCO DE COLOMBIA dio su conformidad a las planillas de la primera y segunda compensación, sin haber hecho dicho Banco de Colombia ninguna observación oportuna. El propio BANCO DE LA REPUBLICA, por haber encontrado que se habían llenado todos los requisitos del reglamento de Canje vigente, abonó tal valor ($853.310.62), debitando, como es de rigor, por igual suma de la cuenta del Banco de Colombia y sin haber hecho este último BANCO ningún reclamo. En tal forma, conforme a los reglamentos de canje se operó el pago de dichos diez (10) cheques, entre los cuales el BANCO DE COLOMBIA pagó el cheque por $850.000.00, al señor LUIS ALIRIO VALERO, en su cuenta corriente, por intermedio del BANCO DEL ESTADO".

f) Que el Banco del Estado remitió el cheque por valor de $850.000.00, con otros cheques, tal como lo prueba "con los documentos que reposan en poder de la Cámara de Compensación del Banco de la República, a través de la cual el Banco de Colombia pagó el cheque referido al señor Valero, en su cuenta corriente en el Banco del Estado".

g) Que el Banco de Colombia no hizo reclamo alguno durante el proceso de canje. Por el contrario dio su conformidad, según se desprende de la nota enviada por el Banco de la República al Banco del Estado el 22 de septiembre de 1967, la cual expresa: " 'Avisamos recibo de su atenta comunicación Nº 04619 de 21 de los corrientes, y de acuerdo con la solicitud que nos formulan nos permitimos certificar a ustedes que en la planilla de liquidación definitiva (subrayo) producida por nosotros y correspondiente a la primera compensación del 19 del presente, el Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, dio su conformidad con los valores recibidos en canje de las demás entidades bancarias locales (firmado) ALVARO VELEZ PLAZA, Sub-Gerente Auxiliar' ".

h) Que es en virtud de dicha conformidad como se produce el pago de la Cámara de Compensación. "Y así, en el caso de autos, expresada la conformidad por el Banco de Colombia, los $850.000.00 quedaron depositados en la cuenta corriente de Valero en el Banco del Estado".

i) Que si el Banco de Colombia le hubiera manifestado oportunamente al Banco de la República que el sobre contentivo de las consignaciones hechas en canje por el Banco del Estado no llegaron a poder de aquél, "no se habría podido efectuar el

canje o el pago de los cheques por los mecanismos de compensación... Tan cierto es, que llegó tal sobre al Banco de Colombia que éste no hizo reclamo alguno oportunamente y que en ningún momento ha hecho reclamo alguno sobre los nueve (9) cheques restantes contenidos en tal sobre".

j) Que desde el momento en que se perfeccionó el canje, el Banco del Estado tenía la obligación legal de pagar los cheques girados por Valero contra su cuenta corriente. Por tal virtud, pagó hasta el día 21 de septiembre de 1967 cheques por valor de $539.500.00 y el saldo restante lo entregó posteriormente por orden judicial.

k) Que si el actor considera que hubo alguna irregularidad en el canje, debe exigir la consiguiente responsabilidad al Banco de la República, "ya que el Banco del Estado es ajeno a las operaciones de débito o crédito que haga el Banco de la República a las cuentas corrientes de los Bancos en virtud de las operaciones de canje realizadas conforme a los Reglamentos. Desde el momento en que el Banco de Colombia dio su conformidad a la planilla definitiva de liquidación del canje, aceptó el pago del cheque objeto del litigio y comprometió su responsabilidad total".

1. Que desde el momento en que el Banco de la República acreditó a la cuenta del Banco del Estado el valor del cheque "por haberse obtenido la conformidad del Banco de Colombia al aceptar sin observaciones la liquidación definitiva del canje de septiembre 19 de 1967, ninguna responsabilidad cabe al Banco del Estado".

V. Adelantando el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 16 de octubre de 1973, proferida por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, la que resultó ser desfavorable al actor, pues el a quo dispuso absolver al opositor "de todos y cada uno de los cargos de la demanda", motivo por el cual la parte agraviada interpuso el recurso de apelación, el cual fue decidido también adversamente al actor, pues el Tribunal, mediante sentencia de 29 de noviembre de 1975, confirmó la impugnada.

VI. Inconforme la parte demandante con la resolución precedente, interpuso el recurso extraordinario de casación, el que por estar tramitado procede la Corte a resolver.

La sentencia del Tribunal y sus consideraciones

Tras de relacionar los antecedentes del litigio y de afirmar que la parte actora pretende deducir en contra de la opositora una condena por perjuicios, originados en el canje y pago de un cheque, el Tribunal se ocupa enseguida de referir los medios de convicción incorporados por las partes al proceso, destacando de cada uno lo que considera de interés respecto a la decisión que ha de tomar.

Cumplida la tarea anterior y una vez que el ad quem recuerde los presupuestos que configuran la responsabilidad aquiliana, se ocupa del examen de la prueba y en el punto sienta las reflexiones siguientes: a) "para el evento presente el Banco de Colombia alegó falta de previsión en el Banco del Estado cuando aceptó que consignare cheque de tan alto valor un cuenta-correntista reciente y más aún que también existió culpa cuando debiendo conservar por un término más o menos largo según la costumbre bancaria, el desprendible del cheque correspondiente, omitió hacerlo, y por el contrario se negó a presentarlo. Que en todo caso, si se pretendía inculpar al personal que concurrió a la compensación de la cual surgió la carga para el Banco de Colombia, y exonerar de responsabilidad al Banco consignante, no sería posible aceptarlo ya que el mismo Banco del Estado también efectuó operación a través de personal subalterno dependiente de la persona jurídica, que en virtud de la autorización expresa dada ante la Cámara de Compensación, obligaba directamente al Banco en caso de sucederse una situación como la que aquí se ha planteado. Es que en la época actual, en la cual se impone la delegación de funciones, el delegado debidamente autorizado por la persona jurídica compromete directamente su responsabilidad cuando por acción u omisión comete un hecho culposo o doloso".

b) "Se demostró que el Banco del Estado tenía acreditada gente de su dependencia ante la Cámara de Compensación del Banco Emisor para que procediera, a su nombre, a efectuar los canjes necesarios, a hacer los rechazos y aceptaciones de valores consignados y con cargo a él y además a introducir dentro de cada buzón de de-

terminado número de Bancos, el saldo existente en su haber, es decir, dentro de cada uno de los sobres depositados, en virtud de las consignaciones hechas por su cuenta correntista y que debiera sujetarse a tal sistema de cambio. Fuera de ello a intervenir en la operación de canje, como persona jurídica ya que su aceptación o rechazo, su culpa o su dolo, podría llegar a perjudicar o a enaltecer a su mandante".

c) Que si el Tribunal se atuviera únicamente al dictamen rendido por los peritos, su conclusión sería la de derivar responsabilidad frente a la parte demandada por razón de la operación de canje del cheque. Con todo, agrega el ad quem, el contenido "de todas y cada una de las de las declaraciones allegadas" y especialmente de lo referido por el declarante Alejandro Uribe, empleado del Banco de la República, se llega a un extremo diferente, o sea, que en la operación de canje ningún error de conducta cometió la parte demandada".

Al efecto expresa:

"...Se deduce que la operación de canje bancario existente en el mes de septiembre de 1967 en Colombia a través de una dependencia creada especialmente en el Banco emisor, copiando en esta forma el sistema de Clearing House Inglés, se verificaba a través de dos pasos especiales que culminaban con una tabulación controlada por el Banco de la República encargado así de hacer abonos y débitos a los Bancos que pertenecían al sistema: Por una parte, el primer paso se realizaba en las horas de la noche a través de planillas que en el argot bancario aparecían marcadas por la forma 53-A en la cual anotaba cada Banco los valores que llevaba el Canje, Dentro del mismo paso debía incluirse en buzones especiales colocados al efecto diferentes sobres (sic.) que numéricamente debían arrojar el número de Bancos afiliados, la extracción de cada buzón de ellos por el Banco receptor, su conteo, la estadística privada que cada cual efectuaba para constatar la conformidad entre sobres que debían existir y que efectivamente existían, a fin de que si había inconformidad entre estos números, entrara la Cámara de Compensación a través de sus empleados, a dar la voz de alerta con el fin de que buscando evitarse estafas y fraudes al sistema se impidiera la salida de los diversos delegados hasta tanto no se lograra establecer el origen de la descompensación.

"Terminaba este primer paso con la aceptación de las planillas forma 53 por cada delegado y con entrega de la copia correspondiente al empleado de la Cámara, persona esta, que luego de salir el personal bancario, era la encargada de revisar electrónicamente los datos de las distintas planillas con el fin de coordinarlo y cuadrarlo en definitiva.

"Terminada esta operación, en cada banco receptor se realizaba la revisión de cheques consignados a su cargo sobre cuentas corrientes a su favor, a través del personal bancario subalterno correspondiente. En caso de disconformidad era obligatorio para el empleado delegado informarlo a la Cámara de Compensación, para que ella se encargara de indagar la razón de la misma. Pero si se ajustaba a una situación real, debía el delegado bancario manifestar su conformidad ante la Cámara de Compensación, conformidad esta que en forma tácita se realizaba con la firma de la planilla de la forma o extracto definitivo donde en forma tabular el emisor transmitía electrónicamente la compensación efectuada.

"Finalizados estos dos pasos se entendía perfeccionado el canje y el Banco girado que había aceptado el cheque y que había obtenido confirmación de él, se encontraba obligado a cancelarlo abonándolo como crédito en la cuenta corriente en donde aparecía consignado".

d) El sistema de canje antes referido, dice el ad quem, fue aceptado por los Gerentes de los Bancos, por los testigos, constatado por los peritos y por el juez en inspección judicial verificada en la Cámara de Compensación. Y, agrega: "Para la Sala tienen interés indiscutible las declaraciones recibidas dentro de ésta, a las personas que como delegadas del emisor actuaron dentro de la respectiva operación de canje y explicaron en forma detallada, sincera, responsiva, exacta, sin ambigüedades cuál había sido el trámite seguido en aquella ocasión, porque carecía de valor probatorio la cifra numérica anotada como más uno en la planilla correspondiente y en el renglón del Banco 024, correspondiente al Banco de Colombia, Sucursal Chapinero; cuáles eran los efectos de la aceptación del

delegado bancario cuando estampaba su firma al finalizar el canje, la ninguna costumbre bancaria que obligara al Banco consignante a guardar el desprendible correspondiente a los diferentes sobres consignados en los buzones, y el que ellos se hacía inoperante en virtud de la aceptación de la tabulación efectuada por el emisor con base en cada planilla y luego se confrontaba toda la actividad de los bancos afiliados.

"Lo anterior, por cuanto tales personas, perfectamente ajenas dentro del proceso, a cualquiera de las partes, han dado una opinión por demás imparcial y ella no ha sido desvirtuada ni desconocida por los testigos que presentara la parte demandante, por los Gerentes de cada entidad Bancaria ni por ninguna otra prueba ya que las conclusiones de los peritos sobre el hecho de no haber llegado al Banco de Colombia Sucursal Chapinero el sobre que decía contener la consignación del Banco del Estado, en manera alguna conduce a restarle valor a las afirmaciones de la Sala puesto que la explicación dada por las personas encargadas del canje es suficientemente satisfactoria y encuentra plena corroboración en el estampamiento de la firma del señor Montoya sobre la planilla definitiva, con lo cual, tal persona que se hallaba suficientemente autorizada dio su visto bueno a todo el trámite del canje".

e) Que a pesar de que el Banco de Colombia hizo la afirmación de existir una diferencia en el número de los sobres, esto no aparece suficientemente demostrado. "puesto que dentro de la inspección judicial se constató que cuando ello ocurría no era posible el facilitar el retiro de ningún empleado delegado mientras no se aclarara el faltante. Ya sí a contrario sensu aparece el delegado del Banco de Colombia, Sucursal Chapinero retirándose la noche del canje, —primer paso— en el cual se dice observó el faltante, ello induce a dar valor a la explicación que se diera sobre el carácter de personal de las anotaciones relacionadas con faltantes y a la que se diera igualmente sobre colocación del más uno en el canje del día siguiente al observarse entonces sí una descompensación.

"Cierto es que el Gerente del Banco de Colombia al dar respuesta al interrogatorio de parte sometido por la parte demandada dijo que el ajuste definitivo de cuentas se hacía cuando se presentaban diferencias como la que aquí se ha planteado, en forma directa entre las distintas entidades bancarias, pero por una parte esta costumbre mercantil no se acreditó y por otra parece ser que en estas condiciones, si se efectuara, lo que se dice en gracia de discusión, que tal procedimiento fuera posible, dejaría de tener fundamento la Cámara de Compensación, puesto que bastaría con hacerse llamadas telefónicas o reuniones mutuas los Bancos que tuvieran consignaciones en contra de otros o viceversa, sin que fuera menester intervención estatal diferente, lo que no parece ni lógico ni jurídico, ni práctico...".

f) Que, por otra parte, "no deja de llamar la atención el hecho de que solamente el 21 de septiembre, al tercer día de efectuada la operación cambiaria se advirtiera el faltante, cuando precisamente el Banco de Colombia debía haber sido celoso en grado sumo en las autorizaciones que diera para pagar sobre la cuenta de la señorita Hilda (sic.) Cecilia García León ante el anuncio de que su chequera le había sido robada, y debía haber mantenido un control estricto sobre todas las operaciones realizadas en los días subsiguientes al 18 de septiembre de 1967, ante la posibilidad de que presentara una estafa sobre cheques girados contra tal cuenta, ya que oprtunamente recibió el aviso del robo y una elemental prudencia obligaba a la entidad bancaria a actuar con cautela excesiva en los días subsiguientes, indagando inclusive las directivas de la sucursal sobre los canjes presentados sobre las consignaciones realizadas, sobre los cheques que se cobraron por ventanilla y en fin sobre toda clase de operaciones, todo en busca de conjurar el delito de la sustracción de la chequera implicada. Esta diligencia y cuidado no se demostró".

g) Más adelante dice el sentenciador que se trató de derivar responsabilidad del Banco del Estado con motivo de no haber conservado éste el desprendible del sobre de consignación. A pesar de que pudiera afirmarse que el Banco consignante admitió en forma tácita no tenerla, mediante inspección judicial y en la prueba testimonial se estableció "que la obligación de la conservación dicha no tiene un límite en el tiempo y que generalmente se guarda por

veinticuatro horas, tiempo dentro del cual debe hacerse el reclamo del caso, sin que exista reglamentación sobre la materia ni costumbre específica al respecto. En estas condiciones, no habiéndose acreditado que el Banco del Estado hubiera tenido la obligación de guardar el desprendible anotado por un lapso de tiempo detallado sin que hubiera cumplido con esta obligación, cae por su base la argumentación que busca establecer la culpa de la entidad bancaria demandada por este aspecto. Además, se repite, de la explicación que se diera al trámite de compensación efectuado el 19 de septiembre de 1967, es fácil deducir que el sobre dicho fue entregado y si él no llegó al Banco de Colombia como se informa inclusive por los peritos tal situación anómala no es imputable a la demandada sino a circunstancias independientes a ella. Máxime si su delegado, persona al parecer de la absoluta confianza del Banco de Colombia aceptó el canje de tal día en toda su extensión, y sin que pueda deducirse, como lo afirmó el gerente de la parte actora, que la aceptación fue condicionada a que se aceptara un apunte, privado sobre no recibo del sobre del Banco del Estado, ya que, se repite, en estos casos, y según declaración que para la Sala tiene pleno mérito, nunca puede plasmarse este tipo de aceptación de canje puesto que lo correcto para tales casos es indagar dentro de la misma operación y dentro del mismo momento de la compensación al encontrar el error numérico o faltante en los sobres, circunstancia esta que se afirma no fue puesta en conocimiento de la persona competente y sólo a través de un desajuste del día siguiente, con relación a cuentas del Banco Popular de Sears se pudo establecer que obedecía ello a error entre los Bancos 74 y 24, ya subsanado".

h) Que tienen especial y pleno valor las apreciaciones emitidas por el Banco de la República "como máxima autoridad de las operaciones bancarias en Colombia, cuando se negó a cancelar el débito que se anotara para el Banco demandante, y así se informará".

i) Como conclusión final, el sentenciador de segundo grado saca la siguiente: "De todo lo anterior se colige que no habiéndose demostrado por la parte actora sino el daño esencial como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, mas no la culpa que imputa al Banco demandado y menos aún la relación de causa a efecto entre culpa y daño, debe concluirse necesariamente que la sentencia apelada es legal y por ende que merece ser confirmada. Lo anterior no es obstáculo para que el Banco demandante logre, de quien resulte responsable del daño, la indemnización que a través de este proceso persiguió conseguir del Banco del Estado".

El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del ámbito de la causal primera, los cuales serán estudiados en conjunto.

Primer cargo

Versa sobre quebranto de los artículos 182 y 183 del Código de Comercio anterior, 1602 del C. C. por aplicación indebida y 2341, 2347 y 2349 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el recurrente por puntualizar los yerros fácticos cometidos por el sentenciador, así:

a) Después de transcribir y comentar el interrogatorio de parte rendido por el Gerente del Banco del Estado, expresa que el error cometido por el fallador radica en la apreciación que hizo del contenido de las respuestas, "al no haber visto la clara confesión de que el Banco del Estado NO RECIBIO EL DESPRENDIBLE que indispensablemente hubiera recibido de haber a su vez el empleado del Banco de Colombia recibido el sobre con los cheques contra el segundo, consignados en el primero; que no hubo aviso del Banco del Estado al de Colombia del no recibo de ese desprendible y de que si se hubiera dado ese aviso no se hubiera consumado la estafa sino que el Banco de Colombia hubiera inmediatamente rechazado la consignación fantasma y el Banco del Estado no hubiera aceptado cheques contra ella. Además, al no recibir el Banco del Estado ese desprendible supo que las consignaciones no eran correctas, que algo indebido ocurría; por lo tanto

debió pagar el pago de los cheques girados contra esas consignaciones y dar aviso de esa irregularidad al Banco de Colombia".

b) Luego se ocupa el censor de la declaración de Orlando Parra, la cual transcribe en algunos apartes, y de ella expresa que el yerro consiste en "no haberle reconocido mérito para probar lo relacionado con el desprendible, con la culpa del Banco del Estado al no haber dado el aviso de la falta de recibo por él de ese desprendible y al no haber parado el pago de cheques girados contra esa consignación fantasma y no haber dado aviso de aquella irregularidad al Banco de Colombia; tal como ocurre con la indebida apreciación de las confesiones tratadas en el punto anterior y con mayor razón estudiando, como debía haberlo hecho el Tribunal, de conjunto, confesiones y testimonios. Hubo también error manifiesto de hecho al no ver el Tribunal, en este testimonio, la prueba de que el sobre con la consignación fantasma NUNCA LLEGO AL BANCO DE COLOMBIA, y por tanto éste nunca tuvo la oportunidad de rechazar esos cheques por carecer de fondos y ser falsos".

c) Aborda enseguida el análisis del testimonio de Germán Pamplona y después de extractarlo en lo pertinente, sostiene que el sentenciador cometió "error manifiesto de hecho en la apreciación de este otro testimonio, lo mismo que en la apreciación de conjunto de los testimonios y las confesiones analizadas, errores que condujeron al Banco del Estado a no parar el pago de los cheques girados contra esa consignación fantasma y que por tanto condujeron al Tribunal a no reconocer la plena prueba de la culpa concurrente del Banco del Estado, que explicó en las conclusiones sobre las dos pruebas analizadas. Y acuso igual error del Tribunal al no haber visto en estos testimonios la plena prueba de que el sobre que contenía los cheques consignados al Banco del Estado, contra el de Colombia, nunca llegó a éste, por lo cual el último nunca tuvo oportunidad de rechazar tales consignaciones".

d) Trata a continuación la versión suministrada por el declarante Félix Libardo Salcedo, y una vez que la resume, concluye que en la estimación de este testimonio también cometió el Tribunal yerro fáctico al "no ver probada plenamente la conducta culposa del Banco del Estado al no avisar al de Colombia la falta de ese desprendible y al no aparecer el pago de los cheques girados contra esa consignación fantasma. Y error manifiesto del Tribunal al no ver en esos testimonios la prueba plena de que el sobre con los cheques consignados en el Banco del Estado, contra el Banco de Colombia, nunca llegó a éste, por lo cual le fue imposible rechazar esos cheques".

e) Entrando en el análisis de la declaración rendida por Heriberto Puentes, una vez que la sintetiza y pone de relieve lo que juzga de mayor importancia, finaliza acusando la sentencia del ad quem de haber incurrido en "error de hecho en la apreciación de este cuarto testimonio y de la apreciación de conjunto de los cuatro testimonios y de las confesiones analizadas atrás; errores que lo condujeron como ya expliqué al explicar (sic.) los errores en las anteriores pruebas analizadas, a no ver la plena prueba de la conducta culposa de los funcionarios del Banco del Estado; por no haber parado el pago de los cheques girados contra esa consignación fantasma, por no haber dado aviso inmediato al Banco de Colombia de la falta de ese desprendible, para que éste pudiera objetar los cheques que no le llegaron. Y error del Tribunal al no ver en esos cuatro testimonios la plena prueba de que el sobre con tales cheques nunca llegó al Banco de Colombia y que por eso mismo éste estuvo en imposibilidad de objetar o rechazar los cheques girados contra tal Banco porque no tuvo conocimiento de ellos".

f) El censor comenta más adelante la declaración de Alejandro Uribe, Jefe de la Cámara de Compensación del Banco de la República, y en esta labor, una vez que transcribe lo que considera pertinente, va indicando los yerros cometidos por el Tribunal al no haber tenido en cuenta la versión de los hechos referidos por dicho declarante, respecto del cual el casacionista presenta la conclusión siguiente:

"a) Prueba plenamente que hubo constancia del Banco de Colombia, sobre el faltante de un sobre, en la comentada operación de canje; que en la planilla del Banco Popular Sears se hizo figurar un sobre más, para que así cuadrara el total; que se cargó el valor de los diez cheques del sobre no entregado, al Banco de Colombia; que

si el sobre hubiera sido entregado por el Banco del Estado, éste hubiera recibido el desprendible que lo probaba; que ese desprendible-recibo del sobre, debía haberlo conservado el Banco del Estado, de haberlo recibido; que al no recibirlo, debía haber informado de ello al Banco de Colombia. Acuso nuevamente la sentencia del Tribunal de haber incurrido en reiterados errores manifiestos de hecho, en la apreciación de este testimonio y de los documentos presentados por el testigo, con las consecuencias que ha precisado al comentar los anteriores testimonios; y en similar error manifiesto de hecho en la apreciación de conjunto de esos seis testimonios y de las confesiones del Gerente del Banco del Estado, con los cuales se prueban plenamente los hechos acabados de puntualizar, que a su vez demuestran plenamente la conducta culposa de los funcionarios del Banco del Estado, que configura a lo menos una concurrencia de culpa, como lo alegué en la segunda instancia y lo negó el Tribunal."

g) Respecto del testimonio rendido por Germán Pamplona, dice el recurrente que mediante él se establecen estos dos hechos: "a) que el sobre nunca llegó al Banco de Colombia y b) que el Banco del Estado se le informó AL DIA SIGUIENTE DE LA NOCHE DEL CANJE, telefónicamente sobre la falta del sobre, y por consiguiente, ANTES DE QUE ACEPTARA EL GIRO DEL CHEQUE POR $520.000.00, que resulta pagado con la máxima culpa del Banco del Estado. Acuso, pues, a la sentencia del H. Tribunal de error manifiesto de hecho al no apreciar este testimonio o al hacerlo erróneamente, con el resultado de no ver en él prueba de la conducta culposa de los funcionarios del Banco del Estado, que ha precisado al examinar los seis anteriores testimonios; error más evidente si se considera el conjunto probatorio formado por los siete testimonios, las confesiones y las inspecciones".

h) Con relación a la inspección judicial practicada a la Cámara de Compensación del Banco de la República, afirma el recurrente que en ella se recibió el testimonio de Alejandro Uribe y "se autenticaron las fotocopias de las planillas que allí usaban para el canje", con el cual se estableció que el Banco de Colombia "recibió un sobre menos o que le faltó un sobre en ese Canje del 19 de septiembre de 1967 y que el valor... era de $853.310.82, de los cuales correspondía al cheque objeto de este litigio la suma de $850.000.00". Por tanto, —agrega el censor— se cometió yerro fáctico en la apreciación de esta prueba, "al no haber visto el Tribunal en ella plena prueba de que el Banco de Colombia no recibió el sobre que contenía ese cheque de $850.000.00; y del mismo error al no haber encontrado esa plena prueba del conjunto formado por los seis testimonios analizados y de dicha inspección".

i) En torno a la inspección judicial practicada al Banco de Colombia Principal, una vez que refiere los documentos allí vistos y examinados y la explicación dada por el empleado Orlando Parra, termina el impugnador sosteniendo que el juzgador de segundo grado cometió error manifiesto de hecho "al no encontrar en esta inspección y en estos documentos, plena prueba de que el Banco de Colombia no recibió los cheques por los $853.310.82, motivo de este litigio, error que aparece más evidente del conjunto probatorio formado por los seis testimonios analizados, la inspección anterior y ésta".

j) En lo que toca con la inspección judicial practicada al Banco del Estado, en donde se examinó el comprobante de consignación del cheque por $850.000.00 de fecha 18 de septiembre de 1967, y la cuenta corriente de Luis Antonio (sic.) Valero, dice el impugnador que el Tribunal incurrió en "error manifiesto de hecho al no ver en esta acta plena prueba de que el Banco del Estado tuvo ocasión de parar el pago de los cheques girados contra esta cuenta y concretamente contra la consignación fantasma de los $850.000.00 Más evidente aparece este error si se toma en conjunto esta acta, más las de las dos inspecciones analizadas antes, más los seis testimonios, más las confesiones del gerente del Banco del Estado; erró al no ver conducta culposa en los funcionarios del Banco del Estado al no parar el pago de los cheques contra esa cuenta corriente, cuando no les llegó el desprendible tan mencionado, lo cual les daba certeza de que el cheque consignado y todo el sobre que lo contenía, no había sido entregado al Banco de Colombia, para su aceptación; de tal manera que sin esa conducta culposa de los funcionarios

del Banco del Estado no hubiera sido posible la estafa y el pago de ese dinero por el Banco del Estado, en perjuicio del Banco de Colombia".

k) De la planilla de canje del Banco del Estado de septiembre 19 de 1967, dice que se incurrió en el mismo error manifiesto de hecho "en la apreciación de conjunto por el Tribnual a las pruebas anteriormente examinadas y ahora incluyendo ésta, lo acuso, con las consecuencias varias veces anotadas".

1) En lo que atañe a la inspección judicial practicada al Banco de Colombia de Chapinero y los testimonios allí recibidos, el recurrente se da a la tarea de referir lo ocurrido en ella y después de extractar lo que considera de importancia a la censura, sostiene que ha quedado establecido que "la planilla 940 no fue verificada por el Banco de la República, Cámara de Compensación, sino que apenas se incorporaron los datos suministrados por cada Banco; por tanto, la planilla 940 no prueba que efectivamente se hubieran entregado los cheques y sobres en ella relacionados", al no ver el Tribunal esta prueba y al "no ver el hecho plenamente probado de la conducta gravemente culposa de los funcionarios del Banco del Estado, la cual fue indispensable para que la estafa se consumara, al pagar el Banco del Estado los cheques girados contra la cuenta corriente en ese Banco donde fue consignado el cheque fantasma de los $850.000.00. Las consecuencias y los varios aspectos de esa conducta culpable de los funcionarios del Banco del Estado, los dejé determinados al concluir sobre los errores al apreciar las anteriores pruebas examinadas, y acuso la sentencia de error manifiesto en la apreciación de conjunto de todas esas pruebas, además de ésta".

Y más adelante, al analizar la declaración de Orlando Parra rendida en la inspección judicial, dice que unida a la de Pamplona, Posada y Uribe, se comprueba que el Banco de Colombia hizo constar la falta de un sobre en la planilla del mismo día 18 de septiembre de 1967 y los Bancos de la República y del Estado fueron enterados de esto el 19 de septiembre. Al no ver esta prueba el Tribunal, incurrió en error manifiesto de hecho.

11) Ocupándose el recurrente de la prueba pericial, la que también transcribe en buena parte y comenta en extenso, termina afirmando que "salta a la vista el manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal, tanto al apreciar aisladamente el dictamen de los peritos, como al apreciar en armonía con los diez testimonios que dejé examinados y con las actas de las tres inspecciones; es un conjunto probatorio que no deja la menor duda acerca de que hubo gravísima culpa en la conducta de los funcionarios del Banco del Estado, que permitió la consumación de la estafa, que fácilmente hubieran podido evitar parando el pago de los cheques girados contra esa consignación fantasma y fraudulenta y dando aviso al Banco de Colombia de la falta del desprendible que nunca le llegó a aquél y luego congelando el saldo que quedó en esa cuenta corriente para evitar la maniobra que se hizo a través de un embargo en proceso que desapareció misteriosamente".

Del acervo probatorio antes rendido, saca el censor 26 conclusiones, las cuales consisten:

1º) Que las planillas elaboradas en la Cámara de Compensación del Banco de la República, para los canjes, se basan exclusivamente en los datos de las planillas elaboradas por los distintos Bancos, sin ninguna confrontación por funcionarios del primero; 2º) que son planillas provisionales, que frecuentemente incluyen errores; 3º) que el Banco del Estado no probó que hubiera entregado el sobre con los cheques consignados en aquél contra el Banco de Colombia, Chapinero, en la operación de canje del 18/19 septiembre 1967 (le correspondía la carga de dicha prueba); 4º) que el Banco de Colombia nunca recibió ese sobre; 5º) que el empleado del Banco de Colombia, Chapinero, ante laCámara de Compensación, dejó constancia en la Planilla del 18 de septiembre por la noche, que no había recibido UN SOBRE; 6º) que al siguiente día, 19 de septiembre, el Banco de Colombia verificó que el sobre que faltaba era el del Banco del Estado y dio aviso telefónico inmediato al Banco del Estado, no obstante que en la mañana del mismo 19 el empleado de aquél ante el Banco de Colombia incurrió en el error de firmar, sin observaciones, la planilla de la

operación de canje; 7º) que el cheque de $ 850.000.00 contra la cuenta de la señorita García en el Banco de Colombia, estaba incluido entre los planillados por el Banco del Estado y que debía contener el sobre perdido el 18 de septiembre de 1967; 8º) que el Banco del Estado pagó ese cheque de $ 850.000.00 después de haber sido informado telefónicamente por el Banco de Colombia acerca de la no llegada del sobre a éste; 9º) que el valor de ese cheque fue cargado al Banco de Colombia y abonado al Banco del Estado, en la cuenta corriente que a ambos lleva el Banco de la República, por operaciones de canje; 10º) pero que el Banco de Colombia nunca aceptó ese cargo, debitó la suma al Banco del Estado en la contabilidad de aquél, hizo constar el no recibo del sobre ante el Banco de la República y el Banco del Estado, no contabilizó el valor de esa suma sino para dejar claro que no se habían recibido los cheques, es decir, que el Banco de Colombia NUNCA PAGO NI ACEPTO LA CONSIGNACION O EN CANJE DE ESE CHEQUE ni de los otros 9 que debía contestar (sic.) tal sobre; 11º) que de haber entregado el sobre mencionado, el Banco del Estado habría recibido el desprendible-recibo del mismo; 12º) que el Banco del Estado nunca presentó ese desprendible, ni el 19 de septiembre 1967, ni días después, ni en el proceso, ni nunca, lo cual demuestra que jamás lo tuvo; 13º) que el Banco del Estado no ha debido aceptar giros contra la cuenta corriente donde se consignó ese cheque de $850.000.00, porque no había recibido el desprendible que probara que el Banco de Colombia hubiera recibido el sobre que lo contenía; 14º) que el Banco de Colombia no podía conocer el cheque, porque nunca lo recibió, y en cambio el Banco del Estado sí pudo saber que el cheque no se había entregado al Banco de Colombia, porque esto aparecía claro al no regresar a aquél el desprendible del sobre; 15º) que por lo tanto hubo gravísima culpa del Banco del Estado al pagar el giro que contra ese cheque de $ 850.000.00 hizo el señor Luis Alirio Valero, por valor de $520.000.00 sin haber recibido dicho Banco el desprendible del sobre donde había remitido en canje el primer cheque; 16º) que necesariamente hubo DOLO del empleado del Banco del Estado que llevó o debía llevar a la Cámara de Compensación del Banco de la República el mencionado sobre, en la noche del 18 de septiembre de 1967, pues el no informar a su Banco sobre el no recibo del DESPRENDIBLE de dicho sobre, que necesariamente tenía que recoger de haberlo entregado, indica que NUNCA LO ENTREGO y que estaba en connivencia con los estafadores; 17º) que en cambio, en el Banco de Colombia hubo la diligencia inicial de hacer constar en la planilla de la noche del 18 de septiembre de 1967, que NO HABIA RECIBIDO UN SOBRE, y que luego el mismo 19 de septiembre, una vez verificados los cheques y sobres, tal como era la costumbre hacer al siguiente día del canje nocturno, dio aviso telefónico al Banco del Estado e informó al Banco de la República; 18º) que el error del empleado del Banco de Colombia, al firmar el 19 por la mañana, en la Cámara de Compensación, la planilla definitiva del canje de la noche anterior, sin dejar constancia de la falta del sobre, se explica porque ya había hecho notar esa falta en la planilla del 18 por la noche y porque todavía no se había hecho la verificación de los cheques del canje en el Banco de Colombia, donde apenas a esa hora se estaba terminando la revisión; 19º) que, en todo caso, contra ese error del empleado del Banco de Colombia, está el DOLO manifiesto del empleado del Banco del Estado y la CULPA GRAVISIMA del mismo Banco al pagar el cheque de $520.000.00 sin haber recibido el desprendible del sobre del canje y luego todavía GRAVISIMA CULPA de no tomar medidas contables y bancarias para proteger el saldo que había quedado en la cuenta corriente del sr. Luis Alirio Valero después de descontado el cheque de $520.000.00, es decir, la suma de $330.000.00, como pasarla a cuenta especial de operaciones por investigar o de cuenta pendiente con el Banco de Colombia (quien le había informado haberle debitado los $853.310.82), y ello a pesar de conocer el denuncio penal y la protesta del Banco de Colombia por el no recibo del sobre y su rechazo del dicho cargo; 20º) que, por lo tanto el haberse pagado $520.000.00 y luego haberse burlado la retención del saldo de $330.000.00, fue culpa exclusiva y resultado además del dolo, de funcionarios del Banco del Es-

tado, quien ni siquiera informó al Banco de Colombia cuando llegó la orden de embargo de ese saldo de $330.000.00 por un juzgado civil del circuito de Bogotá, dentro del proceso al parecer simulado y fraudulento cuyo expediente se perdió (pero vease en posiciones del gerente del Banco del Estado, cómo éste aceptó que no había tomado medida alguna de protección de ese saldo y que no avisó al Banco de Colombia cuando llegó la orden de embargo, ni tampoco informó al juzgado remitente del embargo sobre el problema, ni al juzgado penal que investigaba el delito, prueba plena, esa confesión, de la gravísima culpa del Banco del Estado; además la carga de la prueba de haber tomado alguna de esas medidas cautelares de dichos $330.000.00 le correspondía al Banco del Estado; nada intentó probar, porque nada había hecho para intentar siquiera esa cautela)'; 21º) que el Banco de Colombia ha sido lesionado en su patrimonio por el valor de $850. 000.00, del cheque mencionado, porque dicho valor se le cargó a aquél en la cuenta corriente con el Banco del Estado, que lleva al Banco de la República, en su Cámara de Compensación de canjes, y se le abonó al Banco del Estado en la cuenta de éste allí mismo; 22º) que ese cargo de los $850.000.00 disminuyó en igual cantidad el patrimonio del Banco de Colombia; 23º) que igualmente el Banco de Colombia ha venido recibiendo el perjuicio del lucro cesante de dicha suma, equivalente a los intereses comerciales corrientes desde el 19 de septiembre de 1967 hasta hoy y lo continuará sufriendo hasta cuando el Banco del Estado le pague los $ 850.000.00 o el Banco de la República le abone esa suma al Banco de Colombia y la cargue al Banco del Estado, en las cuentas corrientes por canje que lleva el primero en su Cámara de Compensación; 24º) que los intereses debe pagarlos por separado, el Banco del Estado al Banco de Colombia, aunque en la cuenta corriente aludida se le abone a éste y se le cargue a aquél los $850.000.00; 25º) que en realidad no hubo canje del cheque de los $850.000.00, porque no fue entregado por el Banco del Estado al Banco de Colombia y por tanto no operó la aceptación tácita por el no rechazo del cheque oportunamente, pues ella implicaba, sine qua non, que el Banco de Colombia lo hubiera recibido y por lo tanto conocido en la mañana del 19 de septiembre de 1967, lo cual no ocurrió (hecho negativo que el Banco de Colombia no necesitaba probar y sin embargo probó, y que imponía al Banco del Estado la carga de probar el positivo contrario, o sea, la entrega real y física del sobre que lo contenía, en la noche del 18 de septiembre de 1967, prueba que era el desprendible-recibo que jamás mostró ni alegó siquiera tener); 26º) que no habiendo habido canje real de ese cheque, su valor no puede ser cargado al Banco de Colombia ni abonado al Banco del Estado, en las cuentas corrientes que a ambos lleva por canjes la Cámara de Compensación del Banco de la República, y que si tal cargo y tal abono no se cancelan, el Banco del Estado, debe entregar ese dinero al Banco de Colombia, y en ambos casos pagar los intereses comerciales corrientes desde el 19 de septiembre de 1967 hasta el día de dicha operación contable o dicho pago en dinero".

Pasa enseguida el casacionista a demostrar el error de derecho que le achaca el Tribunal, y en el punto afirma que si el sentenciador consideró implícitamente que la carga de la prueba de que el sobre que contenía el cheque sí fue recibido por el Banco de Colombia y que tal hecho correspondía acreditarlo a éste, quebrantó el Art. 177 del C. de P. C., por falta de aplicación.

Luego agrega que la entrega del sobre en la casilla del Banco de Colombia en la Cámara de Compensación, no era otra sino la del "desprendible-recibo que todo sobre de canje debía llevar, como lo declararon Uribe, Parra, Posada, etc., y lo dicen los peritos y se estableció en las tres inspecciones. El Banco del Estado no pudo presentar ese desprendible, porque nunca lo recibió como se probó con la serie de testimonios analizados por mí y apreciados con evidente error de hecho por el Tribunal al no darles prácticamente ninguna importancia. Es un doble error: el de derecho, en cuanto a la tesis implícita que sostuvo el Tribunal sobre la carga de la prueba de la entrega física del cheque por $850.000.00, por el Banco del Estado al Banco de Co-

lombia; el de hecho en cuanto a la prueba testimonial de que no hubo entrega de ese cheque y a la prueba por peritación y a las tres inspecciones".

A los yerros de hecho ya descritos, el recurrente añade el referente a la apreciación de la demanda y del alegato de conclusiones, consistente en que el Tribunal afirmó en la sentencia que lo alegado por el Banco de Colombia había sido, en cuanto al desprendible, que debiendo el Banco del Estado conservarlo un tiempo más o menos largo, según la costumbre comercial, no lo había hecho, cuando lo que alegó fue otra cosa, a saber: que el Banco del Estado nunca recibió el desprendible, con motivo de que nunca entregó el sobre al Banco de Colombia. Además, la costumbre comercial quedó demostrada con más de 4 testimonios y con prueba pericial.

Insistiendo en los yerros fácticos cometidos por el Tribunal, carga de nuevo el recurrente contra la argumentación del sentenciador, para luego exponer que hay concurrencia de culpas, de la cual tiene que salir mejor librado el Banco de Colombia.

Por último, el censor afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho al haber asignado fuerza vinculatoria u obligatoria, entre los Bancos, al reglamento de la Cámara de Compensación, sin que exista prueba en el proceso de la existencia de su obligatoriedad.

Segundo cargo

A título de introducción expresa el recurrente que cuando el Tribunal dijo en su sentencia que el reglamento de la Cámara de Compensación era obligatorio para los bancos, basó este aserto en uno de los supuestos siguientes: a) que ese reglamento tenía valor de contrato entre los bancos; b) que ese reglamento era un acto administrativo con fuerza obligatoria; c) que ese reglamento tenía fuerza obligatoria por mandato legal; y d) que ese reglamento tenía fuerza obligatoria como resultado de la costumbre comercial bancaria.

Refiriéndose a cada una de las tres primeras hipótesis, sostiene:

"En la primera, el Tribunal habría violado por indebida aplicación las normas sustanciales que regulan el valor y la fuerza probatoria y vinculatoria de los contratos civiles y comerciales, por indebida aplicación, lo cual acuso, a saber, Art. 1602 del Código Civil que regula el valor obligatorio de los contratos; Arts. 182 y 183 del anterior C. de Co. (vigente cuando se expidió el reglamento y cuando se efectuó la operación de canje objeto de este litigio); y consecuencialmente los Arts. 2341, 2347 y 2349 del Código Civil, en cuanto declaró responsable de la pérdida causada con el fraude del cheque de los $850.000.00 al Banco de Colombia, por aplicación indebida, y los mismos por cuanto absolvió de tal responsabilidad al Banco del Estado, por falta de aplicación.

"En la segunda, el Tribunal habría violado las normas legales que determinan cuales son los actos administrativos, como los Arts. 62, 63, 64, 65, 66 del Código Contencioso Administrativo; 1º, 3º, 4º, 6º, 10, 21, 24, del Decreto Ley 2733 de 1959; 3º, 4º, 58, 75, del Código Político y Municipal; Ley 202 de 1935, Arts. 1º a 6º; Decreto Ley 2818 de 1959, Arts. 1º a 4º; Constitución Nacional, Arts. 57, 118, 120, 121, 122, 132, 135. Todos estos textos resultarían violados por indebida aplicación, ya que al tenor de ellos el tal reglamento no es un acto administrativo del Presidente, de sus Ministros, de funcionarios Públicos administrativos anteriores.

"En la tercera, como no existe esa norma legal que otorgue valor vinculativo u obligatorio entre los Bancos al tal Reglamento, se habrían violado los mismos textos mencionados en los dos párrafos anteriores, por indebida aplicación, ya que tal norma o sería civil o comercial o sería administrativa."

El cargo remata así:

"Como consecuencia de la violación de las normas sustanciales mencionadas, resulta la violación de los Arts. 2341, 2347 y 2349 del Código Civil, por falta de aplicación en cuanto se absolvió de toda responsabilidad al Banco del Estado, por el cobro en el mismo de los cheques girados contra la consignación fantasma de tan mentado cheque por $850.000.00".

Tercer cargo

Denuncia quebranto de los Arts. 2341, 2347 y 2349 del C. C. por falta de aplicación, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la prueba.

En procura de demostrar el cargo, sostiene el censor que al considerar el Tribunal que no estaba probada la costumbre comercial de conservar los desprendibles de los sobres canjeados, cuando sí lo estaba con los testimonios de Alejandro Uribe, Jairo Posada, Pamplona, Salcedo, Puentes Vásquez y con el dictamen de peritos, "incurrió en error de derecho al desconocer el artículo 6º del Código de Comercio actual, 2º del anterior código, lo mismo que el Art. 190 del C. de P. C.". Luego agrega que ese error condujo al sentenciador ad quem a no aplicar las normas sustanciales enunciadas al comienzo del cargo, puesto que debió condenar al Banco del Estado "a pagar la indemnización por la pérdida sufrida por el Banco de Colombia con el giro del cheque falso de los $850.000.00".

Consideraciones de la Corte

1. Quien recibe un cheque puede obtener su pago del Banco librado mediante un sistema simple o a través de un mecanismo complejo. Lo primero, cuando el tenedor lo presenta directamente al banco y obtiene la cancelación del mismo o por tener cuenta corriente en el mismo banco librado lo consigna y obtiene su pago en esas condiciones; lo segundo, cuando por haber celebrado con otro banco un contrato de depósito en cuenta corriente, lo consigna en éste, para que el establecimiento bancario obtenga del banco librado su pago y le acredite dicho saldo en su respectiva cuenta.

2. Este segundo sistema, que es originario de Inglaterra y que a la postre tomó un auge inusitado en el Siglo XVII con el nombre de Clearing house o Cámara de Compensación, institución que surgió como lo observa la doctrina foránea, en la necesidad de simplificar el cobro y pago del gran volumen de cheques y otros títulos que se venían produciendo como consecuencia del gran desarrollo económico que a la sazón imponía la economía capitalista.

3. Según los antecedentes, las Cámaras que originalmente fueron de iniciativa particular o privada, luego asumieron el carácter de oficiales, y su funcionamiento ha consistido en que los bancos envían a la Cámara los empleados necesarios, con los sobres contentivos de los cheques correspondientes a cada uno de los otros bancos, para ser entregados a los representantes de los bancos deudores, produciéndose de inmediato las liquidaciones recíprocas por medio de la Cámara, la cual establece los saldos en favor o en contra de cada banco afiliado al no mediar rechazo, o sea, que actúa como cuenta-correntista de los bancos asociados, determinando en favor o en contra las cantidades que arrojan tales operaciones.

4. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza y personalidad de las Cámaras de Compensación, porque en tanto que algunos las consideran dotadas de personalidad, otros juzgan que solamente es un órgano de transmisión, una oficina de tránsito, una ficción contable, mediante la cual, en una cuenta corriente central se registran todos los créditos que un banquero tiene contra los otros y de éstos contra aquél o contra los demás.

5. Los exitosos resultados de tal sistema interbancario, dieron lugar a que se impusiera en muchos otros países, habiéndose establecido su funcionamiento en Colombia por medio del Banco de la República, pues la Ley 25 de 1923, orgánica de dicho establecimiento, le señaló, entre otras funciones, la de actuar también "como oficina de compensación (Clearing-house) de los Bancos accionistas en Bogotá y en otras ciudades donde tenga sucursales. Ninguna de estas concesiones se otorgará a los bancos que no sean accionistas, es decir, a los bancos que no tengan ese carácter en virtud de la posesión de acciones de las clases B. o C. en el Banco de la República, por el monto exacto autorizado..." (Art. 13).

6. En nuestro medio, el cheque que es un instrumento de pago y que debe ser presentado por el tenedor al banco librado en un lapso breve, el beneficiario del mismo puede hacer tal presentación de manera directa o puede recurrir al Banco donde tiene su cuenta corriente para que éste lo presente por Cámara de Compensación, por haber sido girado a cargo de Banco diferente de aquél en donde el tenedor tiene su depósito de cuenta corriente, sistema este último que se cumple, como se acaba de observar, por medio del Banco de la República, el cual está autorizado legalmente para servir de cámara compensadora.

7. En procura de desarrollar al Banco de la República los servicios de Cámara Compensadora, elaboró un reglamento sujeto a la aprobación de la Superintendencia Bancaria, al cual se someten los bancos afiliados, cuyas reglas u ordenaciones consultan en términos generales los antecedentes de la referida institución, pues como aparece de los medios de convicción que obran en la litis, que más adelante se analizarán, la compensación comprende dos etapas, así: en la primera se realiza el canje de los cheques recibidos en consignación a cargo de otros bancos y, en la segunda, tiene lugar la devolución de los cheques que no se hicieron efectivos.

En cumplimiento de la primera etapa, los bancos vinculados a la Cámara envían todos los días, a determinada hora, los paquetes o sobres contentivos de los cheques correspondientes al canje, debidamente cerrados, en los cuales se indica la cantidad de tales títulos, su valor, el banco que remita y el banco a cuyo cargo están girados, sobres que luego son colocados en los respectivos buzones. Simultáneamente entrega a la Cámara de Compensación una planilla suscrita por el Banco que solicita el canje, procediéndose luego al retiro de los sobres por los delegados autorizados de los bancos, sin que éstos se puedan retirar de allí sin establecer las confrontaciones y aclaraciones del caso.

En el desenvolvimiento de la segunda etapa, al día siguiente hábil, con asistencia de los Bancos asociados al Canje, la Cámara efectúa las liquidaciones mediante otra planilla definitiva, en la cual se establece el débito o crédito a cargo de los Bancos respectivos, documento que al ser suscrito por el representante del Banco sin aclaraciones, implica la aceptación de los saldos establecidos por el Banco de la República. En el cumplimiento de esta operación, los representantes de los bancos tampoco pueden retirarse, pues sólo lo pueden hacer una vez que el Jefe de la Cámara de por terminada la labor.

8. A pesar del establecimiento y funcionamiento de la Cámara de Compensación en el país, no aludía la legislación cambiaria anterior a los efectos de los pagos efectuados respecto de cheques presentados en esa forma, circunstancia por la cual la doctrina se inclinó por sostener que la entrega del cheque al canje equivale a la presentación para el pago y la compensación verificada, al pago efectivo en las ventanillas del Banco girado.

En pos del principio doctrinal precedente, y con miras a regular de manera expresa los efectos de la presentación de cheques en "Clearing house", dispone el actual Código de Comercio, siguiendo en este punto también el proyecto Intal, que "la presentación de un cheque en Cámara de Compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado" (Art. 719).

9. La censura, en lo tocante con el primer cargo, como ya se vio, se contrae a imputarle al Tribunal graves errores en la apreciación de la prueba, al no ver en ella la concurrencia de culpa cometida por las partes litigantes en la operación de canje de cheques verificada a través del Banco de la República el 19 de septiembre de 1967.

En este orden de ideas y examinada la prueba incorporada a la litis por las partes, se tiene:

a) Jesús María Salcedo Guzmán, en su condición de Gerente del Banco del Estado, expresa en interrogatorio de parte que de conformidad con el reglamento y la costumbre, los bancos afiliados envían a la Cámara de Compensación los sobres con un desprendible y "una planilla que contiene la información del número de cheques y su valor"; que "lo fundamental era que los sobres se entregaran en la oficina de compensación con la correspondiente planilla para que los bancos afectados con los cargos inmediatamente verificaran y observaran si dichos sobres contenían el número de cheques y el valor registrado en la planilla" a través de sus empleados; que el desprendible podía no regresar al banco remitente, "ni es un elemento básico para comprobar si se efectuó o no la operación de compensación de cheques en las oficinas del Banco de la República"; que "el Banco del Estado, según su planilla de septiembre 19/67, entregó para su compensación al Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, diez cheques por valor de $853.310.82 y este último dio su conformidad, según se desprende de la liquidación definitiva que dio el Banco de la República, como consta en carta número 14038 de septiembre 22

de 1967, suscrita por Alvaro Vélez Plaza, sub-gerente auxiliar"; que, "vale la pena advertir que el Banco del Estado envió diez cheques y no uno, y que el valor de éste $850.000.00, hubiera resaltado inmediatamente con el valor de los nueve restantes por $3.310.82. Es decir, que es inconcebible que se acepte haber recibido nueve cheques por $3.310.82 con el faltante posteriormente de uno por $850.000.00. También vale la pena anotar que el canje entre los Bancos se realiza, en Bogotá, en presencia de un alto funcionario del Banco de la República, quien es, el que dirige su operación. De suerte que el Banco del Estado entregó a través del Bco. de la República un sobre al Banco. de Colombia, sucursal de Chapinero, que contenía diez cheques por $853.310.82, y que el Bco. de Colombia no hizo en este momento ninguna observación al respecto sobre faltante o sobrante de alguno de esos instrumentos, como es lo lógico y razonable"; que el desprendible, por no ser en elemento que definía si se realizó o no la operación de canje, ni servía para demostrarla, sino las planillas, aquél no se conservaba indefinidamente, ni puede afirmar si el Banco del Estado "recibió ese desprendible, por el tiempo transcurrido"; que es cierto que el Banco del Estado, antes de aceptar cheques girados contra la cuenta corriente en donde se consignó el cheque de $850.000.00, no dio aviso al Banco de Colombia de no haber regresado el desprendible, aclarando que "no es ni ha sido costumbre que los Bancos se llamen entre sí para comunicarse sobre los cheques que se han recibido a cargo, porque precisamente para eso está la compensación que se hace diariamente en las oficinas del Banco de la República. Las planillas que quedan en poder del Banco de la República son las que determinan la entrega y recibo de los sobres que contienen el número y valor acumulado de los cheques que han sido enviados para el canje. De otra manera, sobraría la oficina de Compensación en el Banco de la República. El Banco del Estado dio por efectuada y liquidada la operación de canje con base en la entrega que hizo a través de la oficina de Compensación en el Banco de la República de los cheques por su valor que registró en la planilla del día 19 de septiembre de 1967, entre los cuales estaban diez por $853.310.82 para el Banco de Colombia, Sucursal Chapinero. El Banco del Estado, durante el proceso que dura la operación de canje, no recibió ninguna observación o advertencia del Banco de Colombia sobre cualquiera anormalidad que hubiera ocurrido con el sobre que contenía los cheques"; que si es cierto que el Banco del Estado hubiera dado aviso al de Colombia del no recibo del desprendible se hubiera evitado que el primero aceptara girar contra la cuenta corriente en donde se hizo la consignación del cheque, pero aclara que "la operación de canje se efectúa como ya se ha dicho varias veces, con base en una planilla que se entrega en la oficina de consignación de cheques, pero aclara que en la cual están anotados con un número clave, los bancos que están autorizados para intervenir en la operación. De suerte que el canje se configura es a través de los sobres que se entregan con base en esa planilla y que se registran en los libros de la oficina de Compensación y no con un desprendible, que como he repetido varias veces, no es elemento probatorio de la realización del canje. El Banco de la República en carta Nº 14038, de septiembre 22-67, certificó que en la planilla de liquidación definitiva producida por ellos, correspondiente a la primera compensación del 19 de septiembre de 1967, el Banco de Colombia Sucursal de Chapinero dio su conformidad con los valores recibidos en canje de las demás entidades bancarias locales. De manera que a este oficio nos remitimos, para comprobar y establecer que el Banco de Colombia —sucursal Chapinero— recibió diez cheques por valor de $853.310.82, incluyendo, un cheque por $ 850.000.00"; que insiste en que el desprendible no configura la realización del canje, puesto que tal operación se realiza con base en los sobres que contienen el número y valor registrados en la planilla de compensación que se entregan en el Banco de la República, "a determinada hora del día o de la noche, y es allí, en ese momento, cuando el banco afectado debe reclamar sobre cualquiera irregularidad que encuentre para no convenir en débitos y créditos que afecten contablemente sus cuentas en el Banco de la República. Todo banco que inter-

viene en la operación de canje conoce inmediatamente después de verificado éste, cuanto le ha debitado o acreditado el Banco de la República en su respectiva cuenta, y el funcionario o empleado designado por cada banco, tiene el deber y responsabilidad de reclamar inmediatamente acerca de la irregularidad que encuentre mediante la cuidadosa revisión de los sobres que ha recibido y entregado. El Banco de Colombia, Sucursal Chapinero, tenía un funcionario o empleado para efectuar el canje que ha debido advertir el faltante que ahora se reclama; como no lo hizo, oportunamente, el Banco del Estado dio por realizada correctamente la entrega de los diez cheques por valor de $853.310.82"; que el canje se "realizó según planilla de septiembre 19/67 y al Banco de Colombia, Sucursal Chapinero, se le entregaron diez cheques por valor de $853.310.82, que incluía un cheque por $850.000.00, consignado por el señor Luis Alirio Valero en su cuenta corriente Nº 2900-4, canje sobre el cual no se hizo ninguna observación en el momento de realizarse en la oficina de compensación del Banco de la República. Sólo en septiembre 23 de 1967, o sea, cinco días después de haber realizado el canje, el Banco de Colombia en carta 19231, suscrita por Enrique Umaña Valenzuela, Vicepresidente, informa al Banco del Estado que el cheque número 414720-2, corresponde a una cuenta corriente cancelada. El Banco del Estado, una vez realizado el canje sin observación alguna, estaba obligado a dejar girar sobre la cuenta número 2900-4, del señor Luis Alirio Valero, por cuanto esos fondos en ella consignados no habían recibido reparo alguno, es decir, que el señor Valero podía extender cheques por la suma que apareciera a su favor en su cuenta corriente, como en efecto lo hizo"; que después de haber recibido el rechazo por el Banco de Colombia le quedaba al cuenta-correntista Valero en su depósito de cuenta corriente, en el Banco del Estado, la suma de $310.450.00, que quedaron a disposición del depositante, "por cuanto no había orden judicial para retenerlos a rechazar cheques girados por el dueño de la cuenta ya que, el aviso del Banco de Colombia no modificaba en ninguna forma la realización de un canje efectuado y concluido dentro de las normas establecidas por la Oficina de Compensación del Banco de la República, con fecha 19 de septiembre de 1967, en planilla autenticada que resposa en el expediente. Sin embargo, y no obstante el Banco del Estado no estar obligado a ello y no existir orden judicial, mantuvo la vigilancia estricta sobre ese saldo, del cual se dispuso por mandamiento expreso del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, en oficio Nº 560, de abril (sic.) de 1969, oficio Nº 649 de mayo 16 de 1969 y oficio de diciembre 1º de 1969 su traslado al Banco Popular, lo cual se hizo bajo los títulos de consignación número B-214031 de mayo 22/69 por $290.000.00 y número B-355475 de diciembre 10 de 1965"; reitera que el Banco del Estado, respecto de la falsedad cometida, sólo fue informado por el Banco de Colombia el 23 de septiembre de 1967, según carta "Nº 19231, suscrita por Enrique Umaña Valenzuela, Vicepresidente, en el sentido de que el cheque correspondía a una cuenta corriente cancelada, por extravío de chequera según denuncio instaurado por la titular de la cuenta corriente ante las autoridades competentes. De ahí que sólo el Banco del Estado, ante requerimiento del Juzgado Doce Civil Municipal de Bogotá en oficios ya citados, diera traslado de ese valor al Banco Popular, y a disposición del aludido Juzgado, según títulos anteriormente indicados"; que es cierto que el Banco del Estado, cuando le llegó un oficio de embargo de la suma de $310.450.00, no dio aviso al Banco de Colombia, porque "habían transcurrido cerca de dos años sin que se produjera acción judicial contra ese saldo en cuenta corriente, término más que largo para encontrar justificado que no se había producido ni hecho gestión alguna judicial por parte del Banco de Colombia o de la titular de la cuenta corriente cuya chequera había extraviado. Era al Banco de Colombia a quien correspondía informar al Banco del Estado qué acción judicial se seguía y en qué juzgado, para que el Banco del Estado se abstuviera de aceptar giros sobre el saldo de esa cuenta corriente. Esto es lo lógico y acostumbrado en situaciones como ésta"; que "el Banco del Estado fue requerido en tres oportunidades por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá para consignar la suma de $310.956.00, y como no tenía otra orden

judicial en contrario producida por demanda del Banco de Colombia y de la titular de la cuenta corriente, cuya chequera extravió puso a órdenes del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, por intermedio del Banco Popular, la aludida suma y según títulos anotados en declaración que antecede"; que el Banco del Estado no estaba obligado a dar cuenta al Banco de Colombia de la consignación hecha por el primero a favor del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, porque a su vez el Banco de Colombia "no había notificado al Banco del Estado de que se había instaurado demanda judicial contra el saldo en esa cuenta corriente, máxime habiendo transcurrido cerca de dos años, septiembre 17 de 1967, mayo de 1969 y diciembre 1º de 1969"; que las planillas elaboradas y entregadas por el Banco del Estado el 19 de septiembre de 1967 al Banco de la República se ajustaban a la entrega de sobres "que contenían el número y valor acumulado de los cheques; tanto es así, que el Banco de la República por oficio Nº 14038, de septiembre 22 de 1967, informó al Banco del Estado, o mejor dicho, certificó que la planilla de liquidación definitiva se dio conformidad con los valores recibidos en canje por todas las demás entidades Bancarias locales, incluyendo el Banco de Colombia Suc. de Chapinero"; finalmente expresa el interrogado que la "oficina de compensación del Banco de la República dice la última palabra sobre la exactitud de la planilla que envían los Bancos para el canje. Todo Banco en el momento de efectuarse en canje, por intermedio de sus funcionarios o empleados, debe verificar si los sobres contienen el número y valor de los cheques que se envían a su cargo, e inmediatamente reclamar acerca de cualquier irregularidad o anormalidad que se encuentre. La función principal de la oficina de Compensación es precisamente debitar o acreditar directamente las cuentas en los canjes, porque de otra manera, el canje se tendría que hacer directamente entre las mismas entidades Bancarias que operan en el país, dejando sin funciones a la oficina de compensación del Banco de la República, establecida por mandato de la Ley".

B) El declarante Orlando Parra, quien era empleado del Banco de Colombia en la Sucursal de Chapinero en el año de 1967, expresa que en razón de sus funciones, "tuve conocimiento del problema del cheque" y le consta que dicho título "nunca llegó al Banco de Colombia"; que los sobres contentivos de cheques enviados por los Bancos al canje a la Cámara de Compensación del Banco de la República contienen un desprendible que debe ser entregado por el Banco receptor al remitente, siendo obligación de este último revisar que los desprendibles sean "iguales a los sobres llevados a compensación y entregados", pues de lo contrario el Banco remitente "debe abstenerse de todo pago contra las suma consignadas".

C) El testigo Germán Pamplona, quien también era empleado del Banco de Colombia Suc. Chapinero, refiere que al ser enterado telefónicamente "de la diferencia existente en la compensación de aquel día", informó de la anomalía al Gerente y a su asistente, luego de lo cual se comunicaron con el Banco del Estado para establecer qué había ocurrido con dicho cheque, documento que no llegó a las dependencias del Banco de Colombia; que los sobres que los Bancos enviaban en ese entonces a la Cámara de Compensación contenían un desprendible, el cual, una vez entregado el sobre, quedaba en poder del Banco remitente, configurando este hecho "la máxima prueba de que los valores" habían sido recibidos por el delegado del banco; que el desprendible no apareció, a pesar de que lo solicitaron varias veces; que en la práctica, al recibir cheques por canje de otros bancos, no se pagan hasta no recibir la confirmación o rechazo del banco librado y además "también se puede controlar por medio del desprendible".

Este mismo declarante, al ser contra interrogado, expresa en síntesis: preguntado si se enteró del problema del cheque el mismo día de verificado el canje o al día siguiente de verificado el pago por el Banco de Colombia, responde que "personalmente lo supe el día siguiente, en las horas de la tarde"; que Héctor Elías Montoya, encargado del canje, era a la sazón empleado del Banco de Colombia y, por ende, asistió a dicha operación y tuvo toda la oportunidad de ver la planilla; que la planilla de compensación correspondiente al 19 de septiembre de 1967 "no llegó a

la sucursal oportunamente la cual debía ser entregada por el señor Montoya una vez efectuada la devolución del canje; que del Banco de Colombia, que él sepa, "únicamente el señor Montoya, o sea, el encargado de la compensación" fue despedido; que las instrucciones que da el Banco de Colombia a sus empleados autorizados para el canje en la Cámara de Compensación, es la de que los valores recibidos deben cuadrar con la planilla respectiva; "que establecida la diferencia, informó de tal hecho a sus superiores".

D) Félix Libardo Salcedo declara que siendo Gerente del Banco de Colombia, Suc. de Chapinero, por la época en que se suscitó el problema del cheque, tuvo información, "pero los hechos no fueron de mi conocimiento personal", circunstancia por la cual responde a la mayoría de las preguntas en el sentido de desconocer los hechos, pero aludiendo a que los sobres contenían un desprendible que por prudencia se guardaba "al menos por seis meses".

E) Heriberto Puentes, quien se identificó como empleado del Bco. de Colombia durante sept. de 1967 y aún lo es, dice que tuvo "conocimiento de una diferencia que se presentó en el canje dos días después de efectuada la correspondiente compensación con el Bco. de la Rep.", y que el sobre correspondiente no llegó "a poder del Bco. de Col. Suc. de Chapinero"; que no puede decir si el empleado de apellido Montoya, "responsable del canje" del Banco de Colombia, "se enteró oportunamente de la partida" del canje; que en las operaciones de canje por compensación, "debe quedar en poder del que lleva los sobres un desprendible", el cual se prueba de que fueron entregados y, por ese tiempo, se guardaba tal desprendible aproximadamente sesenta días; que las instrucciones que tienen los empleados del Banco de Colombia respecto del canje, para recibir la planilla y no recibir simultáneamente uno o varios cheques, "era la de notificar personalmente o por teléfono al empleado del Banco de la República quien supervisaba la compensación para que éste a su vez notifique lo del caso al Banco correspondiente"; que el Banco del Estado tuvo oportunidad de enterarse de que el sobre enviado al Banco de Colombia no fue entregado a éste; que el Banco de Colombia, "puso en conocimiento de lo pertinente a los Bancos del Estado y de la República"; que por prudencia, cuando los desprendibles no concuerdan con los sobres enviados, el Banco remitente debe abstenerse de aceptar giros sobre tales valores hasta cuando se hagan las aclaraciones correspondientes; que por razón del cargo se enteró "del no recibo de los cheques contenidos en el sobre que debía haber remitido el Banco del Estado por información personal y directa que me hizo el señor Germán Pamplona, por aquella época revisor de la misma oficina y subalterno mío".

F) El testigo Jairo Posada cuenta que conjuntamente con el señor Parra hicieron la revisión del proceso de canje en la Cámara de Compensación de 10 cheques por valor de $853.310.82, ocurrido el 19 de septiembre de 1967; que la compensación, en ese entonces se realizaba mediante un cruce de planillas elaboradas por los bancos y un proceso de tabulación del cual resultaban los saldos a favor o en contra de los bancos asociados al canje; que el canje efectuado en las horas de la noche del 18 de septiembre de 1967, "la existencia física de cheques se verificaba el día siguiente en sus primeras horas para efectos sí de pagar los cheques corrientes que resultaran o devolver los impagados. De acuerdo con la aclaración anterior el Banco de Colombia Chapinero revisó la entrega de los cheques físicamente recibidos, encontrándose el faltante de un sobre que dice contener 10 cheques por valor de $853. 310.82 del Banco Nº 074. Sí llegó la planilla y fue revisada de donde se concluye el faltante antes mencionado. Ello consta también que el mismo Banco de la República, Cámara de Compensación detectó el faltante de dicho sobre de acuerdo a anotación hecha en planilla de Operaciones Varias del Banco de la República de fecha septiembre 19 de 1967. Sobre este faltante también quedó constancia en el Banco de la República por parte del empleado delegado del Banco de Colombia ante el Banco de la República mediante el proceso del conteo físico de los desprendibles de cada sobre en donde vienen incluidos los cheques. En esa época día 18 de septiembre de 1967, que fue cuando se recibieron los cheques físicos, se dejó constancia que se recibían 67 sobres y no 68 como normalmen-

te debían recibirse. Aclaro en cuanto a la cantidad de sobres no puede ser exactamente si no el hecho que si el Banco recibía determinado número y en esa fecha recibió un número menor de sobres"; que según los reglamentos que rigen para el canje de cheques en la Cámara de Compensación, los reclamos o devoluciones de cheques debían hacerse "en un término de 24 horas"; que el Banco de Colombia, por el año de 1967, guardaba los desprendibles de los sobres "15 ó 20 días".

G) El testigo Jairo Posada en nueva declaración expresa, en primer término, que reconoce el memorando suscrito por él y por Orlando Parra el 22 de septiembre de 1967, dirigido al Vicepresidente Administrativo del Banco de Colombia; que el Banco de Colombia no dio orden de que se pagara al Banco del Estado los cheques presentados en compensación al Banco de la República, pues antes bien dejó constancia de que faltaba un sobre en esa compensación; que el Banco de la República efectuaba en ese entonces la compensación "por la planilla y no por los físicos sobres llevados a la Oficina de Compensación"; con todo, agrega en respuesta a otra pregunta de si no debía confrontarse la planilla con los cheques recibidos, que "previa suma física de los cheques recibidos y confrontación de su total emplanillado por el Banco de la República se estableció la diferencia faltante de recibo por $853.310.82, como lo comprueba la nota que aparece en la planilla de observaciones varias del Banco de la República Cámara de Compensación de fecha 19 de septiembre de 1967".

H) Las inspecciones judiciales practicadas al Banco de Colombia, principal y sucursal de Chapinero, refieren en síntesis:

En la Casa Principal se examinó el "Libro de Deudores Varios", respecto del cual expresa el empleado Orlando Parra que "es de carácter estrictamente privado del Banco", el cual "no aparece foliado ni tampoco rubricado, en donde se observa esta leyenda: "Mayor Vr. emplanillado por el Banco 74 en la primera compensación 'en el renglón debe aparecer indicada la cantidad de $853.310.82 la cual también se lee en el reglón saldo nuevo como crédito explica el señor Orlando Parra que el comprobante que da origen al anterior asiento es el que en original pone de presente, de fecha 22 de septiembre de 1967, producido por la Oficina del Banco de Colombia en Chapinero para los libros auxiliares llevados por el centro administrativo y consigna un débito a cargo del Banco del Estado, por $853.310.82 y a favor del Banco de Colombia oficina principal de acuerdo con otro comprobante de crédito que pone de presente producido en Chapinero el 21 de septiembre de 1967, los cuales en foto-copia se agregan a los autos". Enseguida explica el empleado Parra que, según comprobante, el Banco de Colombia recibió en canje, el 19 de septiembre de 1967, 666 cheques por un valor de $932.268.80; pero el Banco de la República contabilizó en la planilla de compensación de esa fecha un total de $1.785.576.67, lo que arroja una diferencia de $853.310.82.

En la sucursal del Banco de Colombia Chapinero, en donde se presentaron algunos documentos y se recibieron varios testimonios, informa el Gerente Darío Martínez que "el 19 de septiembre de 1967 el Banco de Colombia pagó en total por cheques recibidos en la primera compensación" la suma de $932.265.85, sin haberse recibido cheques por la cantidad de $853.310.82.

I) En la inspección judicial realizada en el Banco del Estado se constató que Luis Alirio Valero abrió allí la cuenta corriente Nº 2500-4 el 15 de junio de 1967, con una consignación de $5.200.00, habiendo consignado el 16 de septiembre del mismo año, para acreditar a su cuenta, el cheque distinguido con el número 861345, por valor de $850.000.00.

J) La inspección judicial llevada a cabo en la Oficina de Compensación del Banco de la República, en donde también se presentaron documentos y se recibieron algunos testimonios, pone de presente lo siguiente:

a) "Se observó que los bancos en la actualidad están organizados en forma de grupos o centralizados por sus casas principales, teniendo cada cual un buzón dentro del cual se introducen los sobres que contienen los cheques a su cargo. Cumplido lo anterior, el empleado debidamente designado por cada Banco procede a abrir el buzón de donde extrae los sobres y efectúa la contabilización de los mismos, o sea, controla el número de sobres recibidos y a continuación llena la papeleta correspon-

diente y una vez firmada la deja en la oficina de compensación; en caso de presentarse alguna diferencia numérica respecto de los sobres recibidos y entregados, se procede a hacer un nuevo recuento hasta que coincidan la cantidad de sobres entregados con los recibidos".

b) El Jefe de la Cámara de Compensación, Dr. Alejandro Uribe, "manifiesta que el mecanismo general acabado de describir es similar al que regía en el año de 1967. Los Bancos se agrupaban por aquel entonces en número igual a 72 y en la actualidad sólo existen 28; en la actualidad como por el año de 1967, en el primer canje cada banco debía enviar un total un número de sobres igual al del número de grupos bancarios, menos uno que corresponde al remitente. El Juzgado considera muy conveniente que sea el mismo señor Alejandro Uribe quien explique en esta diligencia en detalle la mecánica de la operación que nos ocupa tal como se ha pedido también por los interesados aparte de la declaración jurada de que de él se ha solicitado".

c) Que las fotocopias de las planillas entregadas por el señor Alejandro Uribe "corresponden a sus originales en todas y cada una de sus partes".

K) La prueba pericial, una vez que refiere algunos antecedentes y relaciona lo que exteriorizan algunos documentos, explica el "canje de los cheques en la Cámara de Compensación", así:

"De todo lo observado por los peritos en la diligencia de la Inspección Judicial como en las diversas visitas hechas a la Cámara de Compensación, como del estudio mismo de las normas establecidas en el reglamento de la Cámara de Compensación y de la revisión de documentos que tienen íntima relación con los puntos anteriores, hemos llegado a la conclusión de que el canje del negocio que se ventila ocurrió así:

"Observación previa: De acuerdo con la manifestación hecha por el Jefe de la Cámara de Compensación señor Alejandro Uribe, a todos los Bancos, en forma invariable les era obligatorio presentar por la época en que tuvo ocurrencia el problema materia de investigación (septiembre 18 y 19 de 1967), un total de sesenta y ocho (68) sobres incluyendo los que tenían y los que no tenían movimiento. Esta circunstancia se puede apreciar en los recibos de que tratan los anexos 4º y 5º (ver folio 49A expediente).

"a) De acuerdo con el preámbulo del Reglamento de la Cámara de Compensación de cheques Bogotá. 'La compensación entre los diferentes Bancos locales comprende dos etapas, así: LA PRIMERA en la cual se realizará el canje de los cheques recibidos en consignación a cargo de otras entidades y, LA SEGUNDA, para efectuar la devolución de los cheques que no pudieren hacerse efectivos en la primera".

"b) El día 18 de septiembre de 1967 el Banco del Estado Nº 74, dentro de la hora reglamentaria (antes de las 7 y 30 pm.), entregó a la Cámara de Compensación la planilla forma Nº 63, que presentamos como anexo Nº 6º, al parecer con los sesenta y nueve (69) sobres cerrados que dice contener la referida planilla, es decir, con un sobre más de lo ordinario. En este documento se anotó la cantidad de diez (10) cheques por valor de $853.310.82 a cargo del Banco de Colombia, Sucursal Chapinero Nº 24.

"c) Como consecuencia del recibo de cheques a su cargo, cada Banco expidió su respectivo comprobante de sobre recibidos (ver anexos 4º y 5º folio 45A. del Expediente), obteniendo a su vez un recibo desprendible del Banco al cual hizo entrega del sobre que contenían los cheques a su cargo. (ver anexos Nº 3º y Nº 3-A). Desprendible que necesariamente debía de conservar el Banco que entregaba los sobres.

"d) Con la planilla en referencia (Nº 53), la Oficina de Compensación elaboró por el sistema de tabulación las planillas definitivas para cada uno de los respectivos Bancos, abonando el Banco del Estado Nº 74 la cantidad de $4.980.459.60 dentro de la cual está incluida la cantidad de $853.310.82, valor que corresponde a diez (10) cheques a cargo del Banco de Colombia Nº 24, —Sucursal Chapinero— y contabilizando de otro lado al Banco de Colombia la suma de $1.785.576.67, diferencia que resultó a su cargo, dentro de la cual aparece cargada la suma de $853.310. 82, a que se refieren los tantas veces nombrados diez (10) cheques, documentos que fueron firmados por los respectivos pagadores de canje".

L) Por ocupar el cargo de Jefe de la Cámara de Compensación del Banco de la República por la época en que se suscitó el problema del canje de cheques entre los Bancos litigantes, y aún permanecer en tal cargo, reviste notoria importancia el testimonio del Dr. Alejandro Uribe.

1. Este declarante, refiriéndose al mecanismo de la operación de canje de cheques por el mes de septiembre de 1967, afirma que se cumplía de la siguiente manera: "diariamente los delegados bancarios se presentaban a las ocho de la noche con los sobres que debían contener los cheques a su cargo de las demás entidades bancarias y la planilla de compensación forma 53 en la cual se relacionaban los cheques entregados en el primer canje, perdón dije mal, el valor y la cantidad de los cheques que decían contener cada uno de los sobres entregados. La citada planilla forma 53 quedaba en poder del Banco de la República y los sobres eran depositados en buzones especiales que cada uno de los bancos locales tenía en la Cámara de Compensación. Los representantes de los bancos retiraban de tales buzones los sobres para trasladarse a sus oficinas. Cada Banco tiene en la Cámara de Compensación fijado un Código, el cual debe figurar en todas las operaciones relacionadas con el canje y con la compensación. Cada Banco debía presentar un sobre con o sin movimiento, mejor, sin documentos en tal forma que en la misma tarde antes de retirarse los delegados de la Cámara de Compensación pudieran verificar por la cantidad de sobres si habían recibido uno de cada uno de los demás Bancos locales. Los delegados bancarios no podían retirarse de la Cámara de Compensación mientras no se hubiera efectuado el cuadre de la cantidad de sobres entregados y recibidos, para lo cual se utilizaban unos borradores en los cuales se anotaba por cada Banco la cantidad de sobres entregados y recibidos. Para facilitar esta operación cada delegado bancario presentaba una constancia escrita mediante la cual se lograba el cuadre de los citados sobres en las horas de la noche, inmediatamente terminado el reparto de sobres correspondiente. Los sobres tenían un recibo desprendible, mediante el cual podría verificarse, al día siguiente, si el sobre había sido recibido por la entidad a la cual se remitía. Al día siguiente hábil, desde las nueve y media hasta las once de la mañana, hora en que se efectuaba el canje de devoluciones, los delegados autorizados de los Bancos revisaban las planillas definitivas de liquidación que en original y copia les presentaba la Cámara de Compensación. Los delegados debían confrontar la relación de los cheques entregados al día anterior cuyo total de cantidad y valor debía coincidir en la planilla forma 53. Esta planilla forma 940 relaciona también el total de cantidad y valor de los cheques recibidos. Estas cantidades debían confrontarlas con las relaciones que hubieran preparado en cada una de las oficinas bancarias. Después de hacer las confrontaciones antes anotadas y las aclaraciones a que hubiera lugar en la Cámara de Compensación los representantes de los Bancos firmaban y entregaban el original de estas planillas forma 940, dejando en su poder el duplicado. En dichas planillas quedaba la constancia de la aceptación del débito o crédito que por la diferencia anotada debía producir la Sección de Contabilidad del Banco de la República y mediante un sello especial la información de las reclamaciones o aclaraciones que tuviera que hacer respecto de la revisión de las cifras relacionadas en la planilla forma 940. Los representantes bancarios no podían retirarse de la oficina de compensación sin haber cumplido con esos requisitos tan pronto como el Jefe de la Cámara de Compensación diera por terminadas las labores después de establecer con todos los delegados que no tenían valores faltantes o sobrantes de acuerdo a lo relacionado en las planillas, forma 940". (Se Subraya).

2. Luego el testigo, al entrar en explicaciones de las planillas forma 53 y 940 en materia de la compensación realizada por los Bancos litigantes en aquella época, sostiene: con base en "los registros presentados en la planilla forma 53 por cada uno de los Bancos de la ciudad que asisten a la compensación, el Banco de la República, por medio de equipos electrónicos, produce las planillas forma 940, en las cuales se tabulan los valores y cantidades recibidos por cada uno de los Bancos en tal forma que la aclaración que se solicita de la planilla forma 53, presentada por el Banco del Estado, se relaciona en el reglón co-

rrespondiente al Banco de Colombia, Sucursal Chapinero, distinguido con el Código Número 24 presentando al cobro 10 cheques por la cantidad de $853.310.82. En la planilla producida por el Banco de la República forma 940, que fue entregada al Banco de Colombia Suc. Chapinero al día siguiente a las once y doce de la mañana, como consta en el sello del reloj de control, figuran relacionados todos los sobres recibidos por el Banco de Colombia, sucursal de Chapinero, de acuerdo con los valores cobrados por los demás Bancos locales, según registro de las planillas forma 53. El empleado autorizado pagador de canje del Banco de Colombia, sucursal Chapinero, firmó y selló la planilla 940 en señal de aceptación de acuerdo con el artículo 9º del reglamento de la Cámara de Compensación e impuso un sello en el cual anotaba que daba el visto bueno por no encontrar errores anotados en la revisión" (se subraya).

3. Como quiera que la parte actora presentó fotocopia de las planillas de observaciones varias y de control de sobres en canje, de estos documentos suministra las explicaciones siguientes: En las "hojas de borrador se copiaba la información que aparecía en las constancias del control de los sobres en canje que presentaba cada Banco. En esta constancia, para la primera compensación, los Bancos debían tener en cuenta siempre una cantidad fija de sobres recibidos para facilitar el control de los mismos y para evitar que ningún delegado bancario se retirara de la oficina sin tener certeza absoluta de que había recibido sobres con o sin cheques de todos los demás Bancos que intervenían en la compensación. La denominada planilla de observaciones-varias es una hoja borrador de trabajo absolutamente personal en la cual se hacen las anotaciones de algunas de las operaciones o sucesos de la oficina de compensación. Concretándose el movimiento presentado el 18 de septiembre de 1967 y correspondiente a la primera compensación del 19 de septiembre de 1967, respecto a la información que suministra el Banco de Colombia, sucursal Chapinero, cuyo delegado indica haber recibido 63 sobres con movimiento y 4 sin movimiento. Esos 63 sobres se toman en la relación o planilla de control para producir en gran total de la cantidad de sobres recibidos por todos los Bancos que fue de $4.663. cifra que corresponde también al gran total de la cantidad de sobres entregados para la cual se tomó como parcial del Banco Popular Sears la cantidad de 68 sobres entregados. Se hace la aclaración del Banco Popular Sears porque el día siguiente cuando se produjeron las planillas definitivas forma 940 se pudo comprobar con el delegado de esa entidad que en la noche anterior había informado equivocadamente la cantidad de sobres entregados no siendo 68 sino 69, al encontrarse en esta forma que el control de sobres entregados se aumentaba en una unidad en su total general. Se procedió en el borrador a verificar si había algún sobre faltante en lo recibido y se encontró que la constancia elaborada por el Bco. de Colombia, Sucursal Chapinero había dejado de relacionar un sobre porque ha debido recibir un total de 68 sobres con o sin movimiento. Se deduce de lo anterior que el delegado del Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, al no tener completos los 68 sobres el día anterior ha debido avisar al encargado de la oficina de compensación para que se procediera a investigar el faltante". (Se subraya nuevamente).

4. Respondiendo el declarante si el delegado del Banco que debía recibir el sobre también debía avisar a la Cámara de Compensación la falta del desprendible, dice lo siguiente: "Es, mejor dicho, era para el delegado que entregaba los sobres el avisar a la Cámara de Compensación el hecho de que no le hubiera sido devuelto debidamente firmado y sellado el recibo de un sobre. En cuanto a que el Banco al cual le faltaba dicho recibo que no le había sido devuelto, no tenía reglamentariamente obligación de informarlo a la Cámara de Compensación. En cuanto a que le hubiera informado al Banco al cual le remitió el sobre tampoco figura reglamentado por el Banco de la República".

5. El declarante, entrando en detalle sobre el contenido de las planillas de observaciones, expone: "Las planillas denominadas de observaciones varias son hojas de borrador, que no son de uso oficial del Banco de la República. Las anotaciones que se hacen en dichas observaciones no siempre corresponden a la realidad de las operaciones efectuadas. Paso a leer las

anotaciones referentes al Banco del Estado código Nº 74 efectuada a las once de la mañana el día 21 de septiembre de 1967 que indica en el primer canje del día 19: 'informa el delegado señor Duque del Banco Nº 24 dice no haber recibido el sobre de la fecha. El Nº 24 firmó conformidad de la planilla y en el control de sobres indica como faltante de un sobre recibido que no hace anotar como faltante en la correspondiente planilla (Se subraya). Se informó al Banco Nº 74 al señor Beltrán Jefe de cuentas corrientes y al señor Eriberto del Banco Nº 24) (ver nota más adelante día 21). En el día 21 tenemos una nota con referencia al Banco de Colombia sucursal Chapinero Nº 24, registrada a las tres y treinta de la tarde y con referencia también al primer canje del día 19 y dice: se presentaron en la oficina de Compensación los señores Orlando Parra, asistente administrativo, Jairo Posada, asistente comercial y Héctor E. Montoya encargado del canje del Banco Nº 24, el señor Antonio M. Sandoval Auditor del Banco Nº 74 para que les informara sobre la pérdida de un sobre de la primera compensación del 19 de los corrientes por $853.310.82. Estuvieron mirando planillas, abriendo los buzones números 24 y 74 informándose del movimiento de la oficina de compensación y revisión de planillas por los Bancos y fueron enterados ampliamente por mí al respecto. (ver día 22)'. Esta última nota que se transcribió referente al Banco de Colombia de Chapinero fue escrita por el señor José María Trujillo, Subjefe de la Oficina de Compensación y la primera referente al Banco del Estado fue suscrita por mí. Se hace advertencia porque muchas de las notas escritas en las observaciones se solicitan al subjefe de la oficina para que las anote. El día 22 de septiembre a las diez de la mañana 'se informó telefónicamente —dice la nota referida— al señor Vélez sobre el problema de los Bancos Nº 24 y 74. Se remitió memorando (ver nota día 22)'. El día 22 a las cuatro de la tarde hay otra nota que dice: 'Se informó al señor Jaime Plaza, Sub-gerente del Banco Nº 74, sobre los trámites de la compensación de esa fecha (ver nota días 23)'. Aclaro que en la anotación del día 22 el citado señor Vélez era el Subgerente de operaciones bancarias del Banco de la República, que en paz descanse. Del día 23 de septiembre era las once y cuarenta y cinco de la mañana existe la siguiente nota: 'En reunión del subgerente don Alvaro Vélez Plaza y del subauditor señor Pedro Gutiérrez se explicó a los señores del Banco Nº 24 la imposibilidad del Banco de la República para acreditarles el valor del sobre remitido por el Nº 74 y posteriormente se redactó una carta en respuesta a la solicitud del Banco de Colombia'. En la nota anterior figura el señor Pedro Gutiérrez quien es Sub-auditor del Banco de la República. Se anota también sobre la imposibilidad del Banco de la República para acreditar el valor del sobre recibido, emplanillado por el Banco Nº 74, de acuerdo con el artículo 9º del reglamento. Se aclara que no fue sobre recibo lo que se indicó sino sobre remitido".

6. En torno a la forma cómo los Bancos acreditan los empleados para la vigilancia y control de las operaciones de canje en Cámara de Compensación, y quiénes eran los delegados de los Bancos litigantes los días 18 y 19 de septiembre de 1967, dice: "los representantes bancarios son autorizados ante el Banco de la República mediante carta de cada entidad bancaria, en la cual quedaba consignada la identificación de dicho empleado y su correspondiente firma. Esta autorización se hacía de acuerdo con el reglamento en su artículo 1º. El delegado del Banco del Estado que presentó el canje el día 18 de septiembre de 1967 fue el señor Raúl Duque y la planilla correspondiente a dicho canje iba firmada por el delegado señor Amadeo Rodríguez Rojas. En cuanto al Banco de Colombia, el empleado que asistió a dicha reunión de canje fue el señor Héctor Elías Montoya, aclaro a la reunión de canje del día 18 de septiembre de 1967. El día 19 de septiembre asistió como delegado del Banco de Colombia el mismo señor Héctor Elías Montoya. Del Banco del Estado asistió el señor José Edilberto Rico. Aclaro que figura diferentes delegados por cada Banco por tener que presentar a cada entidad en las diferentes reuniones de compensaciones".

7. Luego el testigo alude a la razón de ser de entregar cada Banco asociado sobres con movimiento o sin movimiento, y al efecto sostiene: "El hecho de presentar sobres con movimiento y sin movimiento se refería únicamente a la primera compensación correspondiente a los documentos al cobro, porque no se utilizaba ese control en la segunda compensación de documentos en devolución; la finalidad era para que los Bancos al efectuar el reparto de los sobres entregaran siempre un sobre con o sin movimiento a cada una de las demás entidades, para evitar que algún Banco dejara de recibir un sobre; al finalizar la operación de compensación de este canje los Bancos deberían tener todos la misma cantidad de sobres, incluyendo sobres con movimiento y sin movimiento, o sea sesenta y ocho sobres. En caso de faltar un sobre, el delegado que tiene el faltante debía avisar al Jefe de la Cámara de Compensación, para impedir el retiro de los demás delegados mientras se buscaba el sobre faltante". (Se subraya).

8. Entrando el declarante en explicación del reglamento de la Cámara de Compensación en materia de canje de cheques y la conducta de los delegados de los bancos por el momento en que se llevó a cabo la operación, dice: "El Banco de Colombia, Suc. de Chapinero, antes de terminarse las labores de canje efectuado el día 18 de septiembre de 1967, ha debido informar al Jefe de la Cámara de Compensación sobre el faltante de un sobre en dicha reunión para evitar que se retiraran los delegados de los demás Bancos locales, para investigar la causa de esa faltante. En dicha reunión no se presentó reclamo alguno de los Bancos por sobres faltantes. Al día siguiente cuando los Bancos efectuaron la revisión de las planillas definitivas de liquidación forma 940 el Banco de Colombia firmó y selló la correspondiente planilla, habiendo dado como recibidos todos los valores de los sobres remitidos al cobro y a su cargo en el canje del día anterior, valores que aparecen registrados en las planillas de compensación forma 53 que remitem los Bancos locales. (Se subraya). No me consta según el punto tercero de que el Banco de Colombia no haya recibido sobre del Banco del Estado, y por lo tanto, si el día siguiente el delegado dio conformidad a la planilla de compensación definitiva forma 940 supongo que no efectuó debidamente la confrontación exigida en el artículo 3º del Reglamento'. La anterior afirmación la hago como Jefe que era en septiembre de 1967 de la Cámara de Compensación del Banco de la República, cargo que aún desempeño".

9. Después de explicar el testigo Uribe que el volante o desprendible de los sobres remitidos a la Cámara para el canje fue establecido por el Banco de la República para facilitar el control y manejo, refiere que según el reglamento, en "las labores de distribución y retiro de los sobres se debe poner especial cuidado, porque el Banco de la República no asume responsabilidad al respecto". Luego, en explicaciones concretas sobre las planillas forma 63 y 940 que obran en el proceso, afirma que en la primera de ellas puede observarse que "dentro del gran total por valor de $4.980. 459.60, el Banco del Estado, Oficina de Bogotá, le cobra a través de la compensación en el Bco. de la República al Bco. de Colombia, Sucursal de Chapinero, cheques por valor de $853.310.82, según aparece registrado en la planilla forma 53, valor que aparece registrado también como recibido por el Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, según planilla definitiva de liquidación forma 940, en la cual aparece registrado el mismo valor de $853.310.82 dentro del gran total recibido en canje por el Banco de Colombia, Sucursal Chapinero, por valor de $1.785.576.67. La planilla forma 53 remitida por los Bancos locales indica en su misma impresión de diseño que se refiere a cheques entregados en el primer canje y la planilla forma 940 también indica mediante doble columna de su diseño que se registran independientemente la cantidad y valor de cheques entregados y la cantidad de valor de cheques recibidos. De acuerdo con el balance establecido entre los valores recibidos y entregados por cada Bco., balance o diferencia que aparece en la planilla forma 940 producida por el Bco. de la República, se contabiliza en la cuenta corriente de cada Bco., de lo cual deducimos que en esa fecha del 19 de septiembre de 1967 el Banco de Colombia Sucursal Chapinero le fue debitado, dentro del total recibido en canje, el valor de cobro del Banco del Estado y a la vez a este Banco le

fue abonado dicho valor. El empleado del Banco de Colombia no dejó constancia ni verbal ni escrita de que le faltara un sobre. En la reunión nocturna del canje de sobres, al día siguiente, 19 de septiembre teniendo en cuenta por información del Banco Popular de Sears, se aumentaba en un sobre la cantidad total de los repartidos en oficina, se dedujo que el Banco de Colombia, Sucursal de Chapinero, había dejado de anotar un sobre recibido en la constancia presentada en el canje de la noche anterior. Entendiendo por relaciones las planillas de compensación, informo lo siguiente: La planilla forma 53, que remiten los Bancos con el registro de los cheques entregados al cobro, eran firmadas y selladas por funcionarios autorizados de cada entidad y por el correspondiente delegado autorizado para el canje; en cuanto a la relación o planilla de compensación definitiva que produce el Banco de la República en la forma 940, esta planilla debe ser aceptada en el registro de los valores impresos por el delegado de cada banco quien la debe ratificar con firma y sello. El artículo segundo del reglamento se dice (sic.): 'El Banco de la República no asume responsabilidad respecto a la distribución y retiro de sobres; la misma nota aparece en el artículo 4º del Reglamento. El artículo 9º indica que la firma del representante de cada Banco en las planillas definitivas de liquidación implica la responsabilidad del mismo Banco. El artículo 10 informa que el Banco de la República no asume responsabilidad respecto a la compensación y de ella responderán los empleados que designe cada Banco. El artículo 11 indica que los errores que se presenten en anotaciones que hagan los Bancos originalmente en los sobres o en las planillas de compensación preparadas en la forma Nº 53, deberán arreglarse entre ellos sin intervención del Banco de la República. Se le solicita al señor Uribe como encargado de la dirección de la compensación que bajo la gravedad del juramento que tiene prestado, se sirva absolver la pregunta final propuesta por el apoderado de la actora que dice textualmente; advirtiéndole que en cuanto se refiera a los hechos de lo cual tenga conocimiento: 'Si es cierto o no que el indicativo más uno que aparece en la planilla de canje a continuación del número 24 significa la falta de un sobre que debía entregar el Banco del Estado al Banco de Colombia por cuanto el Nº 24 corresponde a dicho Banco', contesto: El hecho de que el Banco de Colombia Sucursal Chapinero en la constancia dejada sobre la cantidad de sobres recibidos en el canje correspondiente al 19 de septiembre de 1967 no haya informado sobre el total de los sobres recibidos con o sin movimiento no indica en forma definitiva de que a esta entidad o a su delegado le haya faltado por recibir un sobre porque era de común ocurrencia el error de anotación de esta información. Precisamente el control que se había establecido de sobres con o sin movimiento en total de 68 era con el fin de que informara a la Cámara de Compensación en caso de que faltara el delegado del Banco de Colombia un sobre y además al ser presentada la planilla forma 940 con la liquidación definitiva de los valores recibidos al cobro por el Banco de Colombia, el citado empleado señor Montoya, quien firmó la planilla, ha debido hacer la correspondiente declaración y reclamación al Banco de la República, de que tenía un faltante de acuerdo con el control que ha debido haber preparado el Banco de Colombia Sucursal de Chapinero para establecer el total del canje recibido la noche anterior... A partir de abril de 1924 se inició el servicio de compensación en el Banco de la República Casa Principal y Sucursales y Agencias, servicio que se ha venido prestando a todos los Bancos de las distintas plazas donde haya oficina del Banco de la República'... El Banco que entregaba un sobre con cheques de compensación o sin cheques a otro banco, debería haber conservado el desprendible para que en caso de reclamo al día siguiente hábil en el momento de la revisión de las planillas definitivas y si era el caso de presentarse un faltante pudiera demostrarlo el Banco realmente de que tenía en su poder el recibo desprendible del correspondiente sobre. La conformidad a la planilla definitiva de compensación, forma 940 en el resultado definitivo de la compensación razón por la cual después de autorizado el cargo o el abono por cada delegado bancario en la cuenta corriente con el Banco de la República, ninguna constancia posterior de

error o de diferencia es válida para que el Banco de la República modifique las contabilizaciones efectuadas en base a la citada planilla forma 940. Esto si el Banco receptor de ella verifique los valores indicados dicha planilla con los cheques que haya recibido con los sobres?. Sí y de acuerdo con el el artículo 3º del Reglamento está muy claramente especificado".

L) José María Trujillo, Sub-jefe de la Cámara de Compensación, declara en el sentido de que las operaciones de canje se vienen cumpliendo en el Banco de la República de tiempo atrás, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 25 de 1923, con aceptación de los Bancos nacionales.

LL) Si bien, en los denominados borradores o control de sobres en canje, elaborados por la época en que se realizó el canje en Cámara de Compensación entre los bancos del Estado y el Banco de Colombia Sucursal de Chapinero (18 y 19 de septiembre de 1967), aparecen recibidos por éste 4 sobres sin movimiento y 63 más uno con movimiento, cualquier duda desapareció con las planillas de forma 53 y 940, especialmente con la última, la cual no registra observación de error alguno, pues por el contrario aparece nota de "Vo. Bo.", "sin errores anotados en la revisión" y suscrita por el Delegado del Banco de Colombia y un sello que dice: "Banco de Colombia Suc. Chapinero. Pagador de Canjes".

M) Otros documentos, especialmente los emitidos por el Banco de la República sobre la forma como se realizó el canje de cheques en Cámara de Compensación entre los Bancos Nº 74 y 24, exteriorizan en síntesis lo siguiente:

a) Que en virtud de lo relacionado en la planilla forma 53, "en el primer canje correspondiente al día 19 de septiembre de 1967, el Banco del Estado presentó al cobro al Banco de Colombia, Suc. Chapinero, 10 cheques, por un valor de $853.310.82, planilla que aparece refrendada por el Jefe de cuentas corrientes, el empleado del canje y el Jefe de la Cámara de Compensación del Banco de la República."

b) Que en la planilla forma 940, producida por el Banco de la República, "el señor Elías Montoya, en su calidad de Pagador de Canjes del Banco de Colombia Sucursal Chapinero, dio el visto bueno a la leyenda 'sin errores anotados en la revisión' dando así, de acuerdo con los reglamentos vigentes en la fecha, su aceptación o conformidad a los cheques remitidos por el Banco del Estado Oficina de Bogotá y a los valores correspondientes recibidos en canje".

c) "Que en virtud de que no hubo objeción al cobro presentado, fue abonado tal valor a la cuenta del Banco del Estado, siguiendo para tal efecto, no sólo la tradición bancaria, sino lo preceptuado por el reglamento respectivo".

d) Que de acuerdo con el reglamento de la Cámara de Compensación, aprobado por la Superintendencia Bancaria, vigente a la sazón, al "día siguiente hábil de efectuado el canje de cheques, se deberán verificar las cifras relacionadas en dicho canje tanto en lo referente a los documentos entregados al cobro como a los recibidos a cargo en compensación, labor que debe adelantar un representante del Banco interesado, el cual no podrá retirarse de la Cámara de Compensación sino después de haber hecho las confrontaciones que exige dicha revisión y haber hecho las aclaraciones a que hubiere lugar con el Jefe de la Cámara de Compensación".

e) Que "el Banco de Colombia, Sucursal Chapinero, no aparece haciendo reclamación alguna el día 19 de septiembre de 1967 al revisar, sellar y firmar la planilla definitiva".

f) Que por consiguiente, se han observado todas las exigencias de que trata la cláusula IX del mismo reglamento que dice: "La firma del representante de cada Banco que asista a las labores de revisión en las planillas definitivas de liquidación preparadas por la Cámara de Compensación del Banco de la República, implica la responsabilidad del mismo Banco y la aceptación del débito o crédito por diferencia correspondiente que produzca la Sección de Contabilidad del Banco de la República".

N) Mediante otros elementos de convicción, se pone de manifiesto la apertura de la cuenta por Luis Alirio Valero en el Banco del Estado; su movimiento; la consignación del cheque de $850.000.00; el abono

de esta cantidad a dicha cuenta; los giros que hizo sobre ella el cuenta-correntista una vez ingresada a su depósito la cantidad anterior, los saldos que se vio precisado el Banco del Estado a depositar en el Banco Popular por orden de los Juzgados 12 Civil Municipal ($290.000.00) y Doce Civil del Circuito de Bogotá (20.956.00).

10. El conjunto de los elementos de prueba que obran en el proceso, permite llegar a las conclusiones siguientes:

a) Que en la operación de canje del cheque por valor de $850.000.00, hecha en Cámara de Compensación entre los Bancos del Estado y de Colombia Sucursal de Chapinero, intervinieron los delegados bancarios y el jefe de la oficina de Compensación del Banco de la República.

b) Que la mencionada operación se realizó en los días 18 y 19 de septiembre de 1967, sin que el delegado del Banco de Colombia hubiera hecho reclamos en la debida oportunidad, pues por el contrario dio su conformidad en la planilla definitiva, lo cual constituye el agotamiento del sistema de canje de cheques en cámara de compensación.

c) Que el mecanismo del canje se cumplió con sujeción al reglamento colectivo del canje de cheques en la Cámara de Compensación del Banco de la República, tal como lo informó reiteradamente esta entidad.

d) Que los bancos que se afilian a los servicios de canje de cheques que presta el Banco de la República, se rigen por los reglamentos que para tal efecto ha elaborado esta institución con aprobación de la Superintendencia Bancaria, que cuando menos constituye un pacto colectivo que vincula a los Bancos afiliados.

e) Que el hecho de no conservar el Banco del Estado el desprendible del sobre que remitió al Banco de la República con cheques al canje y con destino al Banco de Colombia Sucursal de Chapinero, no constituye en error de conducta de aquél, pues fuera de que no se ha reglamentado qué tiempo debe conservarse tal documento, todo indica que bien puede desaparecer al suscribirse sin observaciones la planilla forma Nº 940 o definitiva, por cuanto se trata de la etapa que cierra o da por terminada la operación de canje de cheques en Cámara de Compensación.

f) Que una vez culminada la operación del canje (19 de septiembre de 1967) y sólo tres días después observó el Banco de Colombia la irregularidad cometida en el cobro del cheque de $850.000.00, consignado en el Banco del Estado por el cuenta-correntista Luis Alirio Valero.

g) Que el Banco del Estado, sin mediar objeción o aviso oportuno, no podía impedir que el cuenta-correntista Valero, existiendo disponibilidad en su depósito, girara cheques contra su cuenta corriente, ni podía luego sustraerse a cumplir órdenes judiciales de depositar en el Banco Popular el saldo de dinero que quedó a Valero, máxime que se le insistió y requirió para que cumpliera tal orden.

11. Entonces, si a conclusiones semejantes llegó el ad quem en la sentencia impugnada, se tiene como resultado que el fallador no cometió los yerros que se le achacan en los cargos primero y tercero, ni infringió las disposiciones sustanciales que en ellos y en el segundo enuncia.

Por tanto, 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 29 de noviembre de 1975, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

Ricardo Uribe Holguín, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar. Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de enero 18 de 1977, FALLA: Primero: Del laudo arbitral de diez y seis (16) de febrero de 1976, proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el diferendo entre la Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá "Coomotor" y el Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia "Unimotor" declárase INEXEQUIBLES los artículos: a) El artículo 1o. en la parte que dice: "La Empresa denominada Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá "Coomotor" garantiza plena estabilidad a todos los trabajadores a su servicio, y en consecuencia no podrá hacer despidos sin justa causa comprobada", y b) Los artículos 14, 20 y 23 bis, y el llamado "Anexo". Homológase en todo lo demás.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., enero diciocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Acta Nº 1).

Se procede a resolver el recurso de Homologación interpuesto oportunamente por la Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá "Coomotor", contra el Laudo pronunciado el día dieciséis (16) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución Nº 003684 de septiembre 1º de 1975, habiendo las partes designado para integrarlo a los doctores Juan Luis Gómez Enríquez y Luis Carlos Pérez, por la Empresa y el Sindicato respectivamente, nombramiento aprobado por Resolución Nº 004424 de octubre 21 de 1975 del mismo Ministerio, que también aprobó por Resolución Nº 06210 de enero 10 de 1976 la designación hecha por los dos primeros árbitros en el doctor Oscar Fernández Fontalbo como tercer árbitro para decidir el conflicto colectivo presentado entre la Cooperativa nombrada y el Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia "UNIMOTOR", Seccional de Neiva.

El conflicto tuvo su origen en el pliego de peticiones que el Sindicato antes mencionado presentó el 6 de mayo de 1975 a la Cooperativa, en cuyo trámite de las etapas de arreglo directo y conciliación no se llegó a la convención, habiéndose en consecuencia originado las Resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

antes mencionadas y la posterior sentencia objeto del presente recurso, cuya parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO. El Tribunal tomó como base para la discusión los puntos que no habían sido objeto de arreglo directo y conciliación y que además no comprometieran derechos adquiridos por las partes, por ello los objetos de análisis fueron los concernientes a SALARIOS, JORNADA DE TRABAJO, HORAS EXTRAS, DOMINICALES, FESTIVOS, PRIMAS, VACACIONES, AUXILIOS y diligencias varias. SEGUNDO. Igualmente se tuvieron en cuenta las informaciones dadas por la Gerencia de la Empresa y los representantes del Sindicato, entre éstas se destaca la dada por el señor Gerente quien manifestó que dentro del personal de conductores hay unos de carretera que ganan tres mil quinientos pesos mensuales, el Tribunal no hace mención a estos trabajadores por no figurar en el pliego petitorio una petición específica salarial para ellos. Así mismo informó el señor Gerente que lo que hace relación al depósito que hacen los conductores como garantía para daños al vehículo, éste se está devolviendo a cada uno de los conductores y no se está exigiendo el dicho depósito a los que están ingresando a la Empresa. Tomando en cuenta esta exposición del señor Gerente el Tribunal acoge el punto que los trabajadores solicitan en el pliego. TERCERO. Igualmente se revisaron las Actas de fechas diferentes tanto de la etapa de arreglo directo como de conciliación encontrándose aprobados los artículos 1º, 23 del pliego arreglado en la etapa de conciliación y los artículos 2º, 15, 17, 20, 21, 24, 26 de la etapa de arreglo directo. También se tuvo en cuenta la Convención colectiva de fecha seis de marzo de 1974, ya que continúan vigentes algunos artículos que no fueron modificados por este laudo y que por lo tanto forman parte de él. Por lo anteriormente expuesto, EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, ESTE TRIBUNAL CONVOCADO POR EL MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL MEDIANTE RESOLUCION NUMERO 003684 DEL PRIMERO DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO E INTEGRADO POR MEDIO DE LAS RESOLUCIONES 004424 DEL VEINTIUNO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO Y LA 00210 DEL TREINTA DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS TAMBIEN DEL MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, PARA PONER FIN AL CONFLICTO ENTRE LA EMPRESA COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL HUILA Y CAQUETA 'COOMOTOR' Y EL SINDICATO UNION DE MOTORISTAS Y TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR DE COLOMBIA 'UNIMOTOR' PROFIERE EL SIGUIENTE LAUDO ARBITRAL: ARTICULO PRIMERO. La Empresa denominada Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá 'Coomotor' garantiza plena estabilidad a todos los trabajadores a su servicio, y en consecuencia no podrá hacer despidos sin justa causa comprobada, como tampoco suspensiones sin el lleno de los requisitos exigidos en el artículo 115 del C. S. del T. y demás disposiciones vigentes. ARTICULO SEGUNDO. Para toda sanción disciplinaria que la Empresa Coomotor imponga a un trabajador, se seguirá el procedimiento del artículo 115 del C. S. del T. y se exigirá la presencia de los representantes del Sindicato de 'Unimotor'. ARTICULO TERCERO. SALARIOS, JORNADA DE TRABAJO, HORAS EXTRAS, TRABAJO EN DOMINICALES Y FESTIVOS. Los conductores de la Empresa 'Coomotor' devengarán un salario de $100.00 diarios, con una jornada de trabajo de nueve (9) horas diarias quedando el conductor a disponibilidad de la Empresa para conducir el bus o buses que le asigne la misma. Cuando esta jornada de trabajo sea superior a la aquí establecida, la Empresa pagará un recargo como trabajo extra o suplementario, tal como lo contempla el artículo 159 del C. S. del T. y ss. Cuando por razones de trabajo habitual, el trabajador labore en días de descanso obligatorio, la Empresa dará estricto cumplimiento al artículo 181 del C. S. del T. ARTICULO CUARTO. AUMENTO SALARIAL PARA LOS TRABAJADORES NO CONDUCTORES. Para los trabajadores que no sean conductores se les aumentará el salario en un veinticinco por ciento (25%) sobre el salario que actualmente estén devengando, este aumento regirá a partir de

la promulgación del presente laudo. ARTICULO QUINTO. En cuanto a este artículo se acordó que en cuanto salario mínimo éste será el que está establecido o establezca la ley. ARTICULO SEXTO. PRIMA. Además de la prima de servicio que se pagará en junio y diciembre del respectivo año, la Empresa reconocerá como prima adicional el valor correspondiente al salario de diez días en el mes de diciembre. ARTICULO SEPTIMO. En cuanto a vacaciones se refiere la Empresa dará aplicación al artículo 186 del C. S. del T. ARTICULO OCTAVO. En cuanto a calzado u overoles, la Empresa dará cumplimiento al artículo 230 del C. S. del T. ARTICULO NOVENO. La Empresa pagará a partir de este laudo la suma de $200.00 anuales por cada hijo del trabajador acreditando debidamente ante la Empresa la matrícula para los que inician estudios y comprobación de haber aprobado el año para los que terminan. ARTICULO DECIMO. Auxilio por muerte de la esposa o compañera debidamente acreditada, de madre, padre o hijos la Empresa pagará al trabajador un auxilio de $500.00. ARTICULO DECIMO PRIMERO. La Empresa pagará como auxilio para la Cárcel de Choferes $20.00 por cada conductor que tenga a su servicio y que serán entregados mensualmente al Tesorero del Sindicato de Unimotor. ARTICULO DECIMO SEGUNDO. La Empresa pagará el servicio de abogado permanente para atender a todos y cada uno de sus conductores que sean detenidos por accidente de tránsito, este servicio será sin costo alguno para el conductor y se prestará hasta que el expediente sea archivado. ARTICULO DECIMO TERCERO. La Empresa 'Coomotor Ltda' concederá permisos remunerados permanentes a los miembros de la Comisión negociadora nombrada por el Sindicato. ARTICULO DECIMO CUARTO. La Empresa Coomotor concederá permiso remunerado hasta para dos trabajadores que sean solicitados por la Directiva del Sindicato para asistir a Congresos nacionales, Departamentales y Municipales y para gestiones sindicales. ARTICULO DECIMO QUINTO. La Cooperativa concederá seis días de permiso para los trabajadores que tengan calamidad doméstica comprobada así: tres días remunerados y tres días no remunerados. ARTICULO DECIMO SEXTO. Que se dé cumplimiento a la ley en cuanto se refiere al subsidio de transporte para los trabajadores. ARTICULO DECIMO SEPTIMO. La Empresa cumplirá los puntos pactados en convenciones anteriores que beneficien a los trabajadores ya que no hayan sido modificados en el presente pliego de peticiones o por la convención que de ésta hubiere. ARTICULO DECIMO OCTAVO. La Empresa hará cumplir el derecho de vacaciones máxime a los treinta días después de haber cumplido el período de ley. ARTICULO DECIMO NOVENO. La Empresa no podrá cobrar los daños que se ocasionen en las labores ordinarias y en cumplimiento de las funciones de los trabajadores, salvo casos comprobados de irresponsabilidad que sancionen las autoridades competentes, o cuando se le compruebe al trabajador que los daños a las máquinas de la empresa o porque en el momento de los daños el trabajo no hubiere sido autorizado por la Empresa o un representante de ésta. ARTICULO VEINTIAVO. La Empresa reconoce el fuero sindical a los integrantes de la Junta Directiva Nacional, Seccional, Comisión de Reclamos y Comités del Sindicato Unimotor, siempre y cuando sean trabajadores de la Empresa. ARTICULO VEINTIUNAVO. Se acuerdan los días martes y viernes de cada semana para ventilar problemas que surjan entre los trabajadores, dando así cumplimiento al artículo 115 del C. S. del T. ARTICULO VEINTIDOSAVO. La Empresa no obligará a los conductores a depósitos de garantía y los que actualmente tiene en su poder debe entregarlos a sus dueños en los siguientes ocho (8) días a la promulgación del laudo que se profiera. ARTICULO VEINTITRESAVO. Se acordó en lo que se refiere a este artículo 26 se ajustará la Empresa a los artículos 27, 38 y 39 del Decreto Ley 2351 de 1965 en lo pertinente. ARTICULO VEINTICUATROAVO. La empresa 'Coomotor' entregará con destino a la construcción de la Sede la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia C. S. T. C., la suma de cinco mil pesos que serán entregados al Tesorero de la mencionada Central a promulgación del laudo que se profiera. ARTICULO VEINTICINCOAVO. La vigencia del presente laudo arbitral será de un año contado a partir de su promulgación. ANEXOS: Como no

fueron modificados quedan vigentes los siguientes artículos de la convención de fecha seis de marzo de mil novecientos setenta y cuatro: 'Artículo 1º. La Empresa denominada 'COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL HUILA Y CAQUETA LTDA. 'COOMOTOR', con domicilio en la ciudad de Neiva, Departamento del Huila, reconoce al sindicato UNION DE MOTORISTAS Y TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE AUTOMOTOR DE COLOMBIA 'UNIMOTOR' con Personería Jurídica Nº 0486 de 1971, como la entidad sindical que tiene la representación legal de los trabajadores sindicalizados y de los que no estándolo se hicieren a los beneficios de la presente convención, así mismo la Empresa Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá Ltda, aceptará y reconocerá a las organizaciones de 2º y 3º grado y a las cuales se encuentre afiliado el citado sindicato'. 'Artículo 3º Para efecto de las relaciones obrero patronales se entiende que el único patrono es la EMPRESA COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL HUILA Y CAQUETA LTDA. con sede oficial en la ciudad de Neiva, Departamento del Huila, de acuerdo con las leyes vigentes sobre la materia. Artículo 6º. Los contratos de trabajo que se firmen entre la Empresa Coomotor Ltda y sus trabajadores serán a término indefinido y estarán ajustados a las normas establecidas en las leyes, y en el reglamento interno de la Empresa, el cual debe estar debidamente aprobado por el Ministerio del Trabajo y actualizado con el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970. Artículo 7º. La Empresa Coomotor Ltda. ordenará los documentos que pase el sindicato Unimotor, con destino a Cooperativas, Almacenes de Crédito, descuentos de cuotas sindicales ya sean ordinarias o extraordinarias, multas, esto en concordancia con lo ordenado en el artículo 59 y 400 del C. S. del T. Artículo 11. La Empresa Coomotor Ltda contratará el personal de conductores que sus necesidades requieran y se hará preferencialmente entre aquéllos que en la actualidad se encuentran a su servicio, si uno o varios conductores no son aceptados por la Empresa Coomotor Ltda., ésta deberá manifestarle por escrito al trabajador la razón que tuvo para prescindir de sus servicios. Artículo 12. La empresa pagará los sueldos a sus trabajadores por quincenas vencidas. Artículo 16. La Empresa Coomotor Ltda. afiliará a todos y cada uno de sus trabajadores al INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES I. C. S. S. en la categoría que realmente les corresponde de acuerdo a su sueldo. Artículo 17. La Empresa Coomotor Ltda. pagará a todos y cada uno de sus trabajadores, los tres primeros días por incapacidad que el Seguro Social deja de cubrir. Artículo 18. La Empresa Coomotor Ltda. afiliará a todos y cada uno de sus trabajadores a una Caja de Compensación Familiar y la escogencia de la citada Caja se hará conjuntamente entre Empresa y Sindicato, buscando la que mejores servicios otorgue a los afiliados. Artículo 19. La Empresa Coomotor Ltda. proporcionará los medios y se acogerá a las normas vigentes sobre las materias, para que tanto sus trabajadores como los hijos de éstos, estudien en el Sena. Artículo 25. La Empresa Coomotor Ltda. descontará a todos y cada uno de sus trabajadores que se beneficien de la presente convención las cuotas de que trata el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965. Artículo 26. A partir de la firma de la presente convención todo conductor que ingrese a la empresa Coomotor Ltda., deberá tener su licencia de conducción clasificada por lo menos en la novena categoría, esto para dar cumplimiento o la ordenado en el Decreto 1344 de 1970. Dado en la ciudad de Neiva, a los dieciséis días del mes de febrero de mil novecientos setenta y seis".

La Cooperativa sustentó su recurso en escrito visible del folio 4, a 10 de este cuaderno, donde expone sus reparos contra la decisión arbitral y pide su nulidad con fundamento en que el Tribunal no cumplió con lo establecido en los artículos 134 y 136 del C. de P. L., afirmando que de las actas no aparece señalados días y hora para oír a las partes, ya que tan sólo escuchó al Gerente de la Cooperativa y a otra persona que no era el Presidente del Sindicato, que tampoco examinó testigos, "ni se enteró de los documentos que las partes pudieran haber exhibido —fl. 5—. Además expresa que el Laudo no se acomodó en lo posible a las sentencias judiciales, ni tuvo en cuenta la capacidad económica de la Cooperativa al establecer a su cargo prestaciones extralegales, ni los principios de

equidad, ni la naturaleza jurídica de ésta y su falta de ánimo de lucro, reiterando que en tal condición no podía ser obligada a soportar cargas extralegales. Art. 4º Decreto 1598 de 1968.

La Corte no observando nulidad respecto de las etapas previas de arreglo amigable y conciliación, ni de la constitución del Tribunal de Arbitramento, designación y posesión de árbitros, ni en la expedición del fallo que se dictó dentro del término legal, procede a verificar el laudo en la forma y términos que a continuación se indican:

Según consta en el acta Nº 2 del Tribunal de Arbitramento fl. 8 a 9, celebrada el día 15 de febrero de 1976 a la hora de las 9 a.m., comparecieron previa citación el Gerente de la Cooperativa y el señor Alcibiades Roa Vera, vocero del Sindicato. En Ella se lee: "Concedido el uso de la palabra por parte del señor Presidente del Tribunal al señor Gerente de Coomotor, expuso: que es su mejor ánimo el arreglar en la mejor manera posible este diferendo; que la Empresa Coomotor es el esfuerzo de un grupo de trabajadores, que choferes asalariados pasaron a ser socios de la Empresa y algunos de ellos tienen hasta dos carros. Que los problemas de la Empresa han sido en su mayoría con los trabajadores del servicio urbano, pues en algunas ocasiones los mismos propietarios de los vehículos intervienen en arreglos con los conductores y éstos los aceptan sin tener en cuenta que es a la Empresa a quien compete conforme a sus Estatutos arreglar todo problema en cualquier sentido. Que también es causa de los problemas la falta de educación de los conductores, pues por este motivo son continuas las quejas que recibe el Gerente del público que ocupa los servicios de la Empresa en el ramo urbano. Que los trabajadores urbanos tienen una asignación mensual de $3.000.00 y los de carretera $3.500.00. Que actualmente no tienen contrato de trabajo en su mayoría pero del primero de marzo del presente año en adelante, se arreglará este problema y además se les dará a los trabajadores todas cuanto la ley determine en forma legal. En este estado el señor Arbitro Luis Carlos Pérez, interrogó al Gerente en el sentido de que diga, si cuando el chofer asalariado no le asignan bus devenga su sueldo, respondiendo a esta pregunta que no tiene sueldo mientras no está trabajando con bus a su cargo. Preguntado: Diga si hay buses que en el momento actual tienen dos conductores laborando una jornada de ocho horas. Respondió: Que si hay buses que tienen dos conductores y laboran cada uno de estos ocho horas, pero que esto es cosa de sus propios dueños, puesto que la jornada máxima señalada es de diez horas. Preguntado: Económicamente la Empresa cómo está. Actualmente la Empresa está en buenas condiciones, tiene un servicio especial a Bogotá. Dijo el señor Gerente que los empleados de planta tienen un salario mensual de $1.200.00, aclara $1.200.00. Finalmente continuó su exposición sobre los pormenores de la Empresa y como el Tribunal se encontrara suficientemente ilustrado, dio por terminada su intervención. Seguidamente en el desarrollo de la sesión, solicitó el uso de la palabra el señor Alcibiades Roa Vera como vocero de los trabajadores y concedida que le fue expuso: Comenzó exponiendo el motivo que los llevó a este conflicto, diciendo que en parte se debía a que la Empresa no había querido oír sus justos reclamos: que la empresa no tiene contrato de trabajo con sus trabajadores y relevantes, no están algunos afiliados al Seguro Social, no hay descanso dominical y la jornada de trabajo no les permite ni siquiera tomar a horas sus alimentos y también hacer sus necesidades fisiológicas para lo cual es necesario dejar a alguien con el bus para este fin; que la jornada de trabajo no sea la máxima, que se establezca la jornada de ocho horas como lo tienen algunos buses inclusive el de propiedad del señor Gerente. Finalmente continuando en su exposición solicitó que se cumplan con todas las disposiciones laborales, que están en condiciones de colaborar con la Empresa para el bien de todos. Debidamente ilustrado el Tribunal dio por terminada la intervención del representante de los trabajadores. En este estado se hizo presente el señor Balbino Cadena, trabajador de Coomotor, pero que no pertenece al sindicato y pidió comedidamente el uso de la palabra para solicitar que se tenga en cuenta una convención se aclara que es un pacto colectivo suscrito por la Empresa y un grupo de trabajadores. El

Tribunal continúa las deliberaciones haciendo un examen del pliego y siendo la hora de las seis de tarde, el presidente solicita levantar la sesión y convocarla para el día lunes 16 de los corrientes a la hora de las ocho de la mañana en las mismas oficinas. No siendo otro el objeto de la presente se termina y firma para constancia como aparece".

De lo anterior se desprende que el Tribunal oyó a las partes y en consecuencia se dio cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 134 del C. de P. L. y que si no examinó testigos ni documentos fue porque los interesados no los presentaron. De la simple lectura del fallo aparece que en lo posible se ciñó a una sentencia judicial, tal como lo ordena el artículo 135 del C. de P. L., por cuanto contiene la indicación de las partes, trata los aspectos planteados, se refirió a los hechos y sus pruebas y demás aspectos que ordena el artículo 304 del C. P. C., referente al contenido de dichas providencias.

Respecto de la capacidad económica de la empresa en el laudo se tuvo en cuenta —fl. 14 Cdno. 1— la confesión del Gerente de la Cooperativa de que "actualmente la empresa está en buenas condiciones" —fl. 8 Cdno. 1—.

En cuanto a las obligaciones laborales de la empresa en su calidad de Cooperativa frente a sus trabajadores, la Sala observa que para ésta no existe régimen especial, ya que el artículo 339 del C. S. del T. así lo establece cuando dice:

"Las sociedades Cooperativas deben a sus trabajadores las mismas prestaciones que las empresas; y se tendrá como capital para graduarlas el valor de su patrimonio, según certificación de la Superintendencia del ramo".

En lo referente a las cargas extralegales que en el fallo se condenó a la Empresa más adelante se tratará en forma detenida.

En el laudo aparece —fl. 14 Cdno. 1—, que en la etapa de arreglo directo, lo cual consta en las actas correspondientes, las partes por mutuo acuerdo aprobaron lo solicitado en el pliego de peticiones bajo los artículos que a continuación se indican: segundo —fl. 25 Cdno. 2—, diecisiete —fl. 34 Cdno. 2—, veinte —fl. 36 Cdno. 2—, veintiuno —fl. 44 Cdno. 2—, veinticuatro —fl. 50 Cdno. 2—, y veintiséis —fl. 45 y 50 Cdno. 2—.

El Tribunal en su sesión celebrada el 16 de febrero de 1976, a que corresponde el acta Nº 3 —fl. 10 a 13 Cdno. 1—, resolvió por unanimidad negar las peticiones contenidas en el artículo 6º del pliego de peticiones y no considerar lo solicitado en los artículos 11, 25, 27 y 29 de dicho pliego.

El artículo primero del laudo es inexequible en su primera parte, pues los árbitros no pueden imponer la estabilidad de los trabajadores, ya que con ello se vulneran derechos ciertos consagrados por las normas legales en favor de los patronos. El mencionado artículo es exequible en su segunda parte en que establece que la empresa no podrá sancionar a sus trabajadores sin el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 115 del C. S. del T.

Para la Sala son exequibles los artículos 2º, 5º, 7º, 8º, 16, 21 y 23 del fallo arbitral, por cuanto su contenido se encuentra de conformidad con lo dispuesto en las normas legales pertinentes.

El artículo 13 es exequible al conceder permisos remunerados permanentes a los miembros de la comisión negociadora nombrada por el Sindicato, mientras dure la negociación del pliego de que se trate, por estar de acuerdo con lo establecido en la ley.

Los artículos del Laudo Nos. 15, 18 y 22 tienen plena validez legal por haber sido aprobados por unanimidad en la etapa de arreglo directo correspondiendo a los numerales del pliego de peticiones Nos. 17 —fl. 34 Cdno. 2—, 20 —fl. 36 Cdno. 2—, y 24 —fl. 44, 45 y 59 Cdno. 2—.

Comparado el texto del artículo 19 del fallo —A. 16 Cdno. 1— con el acordado entre las partes en arreglo directo —artículo 21 fl. 44 Cdno. 2—, se observa que se encuentra incompleto y que su texto verdadero y en consecuencia válido es el siguiente: "La Empresa no podrá cobrar los daños que se ocasionen en las labores ordinarias y en cumplimiento de las funciones de los trabajadores, salvo los casos comprobados de irresponsabilidad que sancionan las autoridades competentes, o cuando se le compruebe al trabajador que los daños a las máquinas de la empresa o a terceros se han ocasionado por estado de em-

briaguez comprobada o bajo la acción o efectos de estupefacientes, o porque en el momento de ocasionar los daños el trabajo no hubiere sido autorizado por la Empresa o un representante de ésta".

Respecto de los artículos restantes del laudo se observa:

El artículo 3º trata en su primera parte del señalamiento de un aumento de salario en favor de los trabajadores, para lo cual tienen facultades los árbitros mientras no exceda de lo pedido en el pliego y por tratarse de una simple cuestión económica; en su segunda parte el mencionado artículo fija la jornada de trabajo estableciéndola de nueve horas, o sea de una hora menos que la máxima contemplada en el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970, para la índole del trabajo de que trata, razones por las cuales el artículo es exequible.

El artículo 4º decreta un aumento de salarios por lo cual y con fundamento en las mismas razones expuestas al estudiar el artículo que antecede se considera exequible. En relación con la fecha en que comenzará a regir dicho aumento se encuentra que no puede ser a partir de su promulgación, como lo establece el artículo comentado, ya que ésta consiste en insertar la ley en el periódico oficial, por lo cual su vigencia debe entenderse a partir de la fecha del laudo como lo ha sostenido reiteradamente la Sala Laboral de la Corte.

El artículo 14 al establecer que la empresa debe conceder a solicitud de la Junta Directiva del Sindicato permisos remunerados hasta para dos trabajadores "para asistir a Congresos Nacionales, Departamentales, y Municipales y para gestiones sindicales", desconoció el derecho reconocido a los patronos en el ordinal 6º del artículo 57 del C. S. del T., al obligarlo a conceder permisos remunerados. En este mismo sentido existe reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte. Por lo expuesto el mencionado artículo es inexequible.

El artículo 20 reconoce el fuero sindical no solamente en los mismos casos contemplados en el Decreto Ley 2351 de 1965 artículo 24, sino además a los miembros de "comités del Sindicato Automotor", sin indicar si se trata de los comités seccionales. Tampoco señala cuántos componentes de las Directivas Sindicales y de la comisión de reclamos gozan del fuero —artículo 407 C. S. del T.—, ni durante que lapso etc., por lo cual el comentado artículo es inexequible.

El artículo 23 bis establece la obligación a cargo de la Cooperativa de pagar una suma de dinero en favor de la "C. S. S. C.", cuando el pliego en su punto 28 lo que se solicitó fue un auxilio para su sindicato, y como esta decisión del laudo no se acomoda a la naturaleza de lo pedido en el pliego es inexequible.

El artículo 6º establece una nueva prima adicional; el 9º crea una nueva prestación consistente en $200.00 anuales a favor del trabajador por cada hijo que compruebe que adelante estudios y los apruebe; el 10 consagra un auxilio de $500.00 al trabajador en caso de muerte de su esposa o compañera, madre, padre e hijos; el 11 establece un auxilio mensual de $20.00, por cada conductor de la empresa con destino a la cárcel de choferes, y el 12 obliga a la empresa a tener a su costa abogado para asistir judicialmente a los conductores que tengan accidentes.

Para la mayoría de los componentes de la Sala son exequibles los reconocimientos hechos en los artículos antes mencionados —6º, 9º, 10, 11 y 12—, por las mismas razones expuestas el 23 de julio de 1976, al resolver el recurso de homologación en el caso del laudo pronunciado en el conflicto colectivo entre el "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander" y la Empresa "Transportes Colombia S. A.", cuando expresó:

"Un nuevo estudio de las facultades que a los árbitros otorga el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo lleva a la Corte a modificar esa jurisprudencia, lo que se hará conjuntamente por las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral. El artículo mencionado faculta a los árbitros para decidir el conflicto de intereses económicos en cuanto no pudo ser resuelto total o parcialmente por las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y regula esa competencia al señalar que el fallo que se dicte no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales vigentes.

Esta limitación para decidir los conflictos colectivos de carácter económico debe armonizarse con los fines que éstos persiguen, o sea el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de modo particular de las prestaciones y salariales. Los derechos y facultades que no puedan afectar los árbitros con sus fallos son en primer término los reconocidos en la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y demás derechos adquiridos, el de asociación, reunión, huelga y todos aquellos que establecen directa o indirectamente un régimen de protección al trabajo y garantizan al empresario el ejercicio de su actividad; en segundo término los reconocidos por las leyes cuando desde el punto de vista del trabajador constituyen un mínimo que no puede afectarse y los que por ser de orden público son irrenunciables, y respecto del patrono los que emanan de su calidad de subordinados, de propietario de la empresa, de director del establecimiento; y en relación con los convencionales son aquéllos que por haber consolidado situaciones subjetivas concretas o que por no haber sido propuesta su variación por parte legalmente habilitada para hacerlo, deben ser respetados en el laudo. Esta interpretación conduce a darle efectividad a la regla general, acorde con su finalidad, de que los árbitros en la solución del conflicto o de intereses económicos deben proceder dentro de la equidad y atendiendo las circunstancias objetivas sociales y económicas del mismo, pues de lo contrario podría viciarse de inexequibilidad el laudo respectivo, y decidiendo sobre todas las peticiones de los trabajadores que no fueron objeto de acuerdo con el patrono, para acceder total o parcialmente a las mismas con las limitaciones ya vistas, o negarlas por esas circunstancias. La creación de prestaciones extralegales no afecta derecho o facultad del patrono, pues no puede tenerse como tal el hecho de que no se hubiera reconocido o impuesto de antemano a su cargo por actos aceptados por él voluntariamente. De manera que por no haberse consagrado en la ley o en las Convenciones Colectivas una determinada prestación, no por ello existe para el patrono un derecho a que no se le imponga, por lo cual no es razón para declarar la nulidad del ordenamiento arbitral que el establecimiento de nuevas prestaciones se haga contra su voluntad o sin su consentimiento, porque las decisiones del fallo arbitral obligan a éstas si han sido tomadas dentro del marco de la equidad y no afectan sus derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y la Convención Colectiva. No debe olvidarse, además, que una de las finalidades de la Convención Colectiva es la de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores y que para conseguir ese objetivo los de empresas de servicios públicos carecen del instrumento de la huelga que se sustituye por el Arbitramento Obligatorio para que mediante el Laudo respectivo se le dé solución al conflicto cuando las partes no se avienen voluntariamente a resolverlo. Por último, si de conformidad con la jurisprudencia que se revisa es posible a los árbitros aumentar la cuantía de las prestaciones extralegales establecidas convencionalmente, no se vé con claridad la razón para que no sea válida la creación de esas prestaciones, pues en uno y otro caso se aumenta para el patrono la carga económica, todo dentro de la finalidad del conflicto de intereses o económica que es diferente al jurídico".

El suscrito ponente disiente de la opinión del sector mayoritario de la Sala respecto de la validez legal de los artículos 6º, 9º, 10, 11 y 12 por las razones que expondrá oportunamente en su salvamento de voto.

El artículo 24 fija como término de duración del laudo la de un año a partir de su promulgación. Al respecto se observa que es facultativo de los árbitros señalar el término de vigencia del laudo sin exceder del término legal, por lo cual es válido, pero debe entenderse que rige no a partir de su promulgación por cuanto sólo las leyes son objeto de ella, sino que comienza su vigencia desde su fecha.

En el fallo, a continuación del artículo antes comentado se transcriben los artículos que no fueron modificados de la convención celebrada entre las partes el 6 de marzo de 1974 y que el artículo 17 se declara vigentes el cual es exequible. Lo que llaman los árbitros el anexo es inexequible porque nadie les había pedido decir qué

normas convencionales anteriores continuarían rigiendo.

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: Del laudo arbitral de diez y seis (16) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976) proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre la "Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá 'Coomotor'" y el "Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia "Unimotor" declárase INEXEQUIBLES los artículos:

a) El artículo primero (1º) en la parte que dice: "La Empresa denominada Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá 'Coomotor' garantiza plena estabilidad a todos los trabajadores a su servicio, y en consecuencia no podrá hacer despidos sin justa causa comprobada", y,

b) Los artículos 14, 20 y 23 bis, y el llamado "anexo".

SEGUNDO. HOMOLOGASE en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Jerónimo Argáez Castello (Con salvamento de voto) *José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me permito disentir del elevado criterio jurídico de mis compañeros de Sala al apartarme de lo resuelto, respecto de los artículos 6º, 9º, 10, 11 y 12 del laudo, en la sentencia que puso fin al recurso de homologación contra el fallo arbitral para dirimir el conflicto colectivo entre la Empresa "Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá —'Coomotor'— y el "Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia 'Unimotor', por cuanto los mencionados artículos reconocen nuevas prestaciones en favor de los trabajadores, no impuestas por la ley, no aceptadas por las partes en convenciones colectivas anteriores y los árbitros solamente pueden aumentar prestaciones consagradas por el legislador o admitidas convencionalmente y ninguno de estos casos han tenido ocurrencia en el presente conflicto por lo cual considero que los citados artículos son inexequibles.

Sobre lo anterior, en reciente salvamento de voto del Magistrado Dr. Córdoba Medina y del suscrito, con ocasión de la decisión —23 de julio de 1976— del recurso de Homologación del laudo pronunciado en el conflicto colectivo de trabajo entre el "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander" y la Empresa "Transportes Colombia S. A.", se dijo:

"Nos apartamos de lo decidido en la sentencia que puso fin al recurso de homologación contra el laudo dictado para dirimir el conflicto colectivo entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa Transportes de Colombia S. A. En sentencias anteriores de la Sala se había formado jurisprudencia en el sentido de que los árbitros no tenían facultad para crear prestaciones no impuestas por la ley y no acetpadas por las partes en convenciones colectivas, y que solamente podían aumentar las prestaciones consagradas por el legislador o admitidas convencionalmente. El fundamento de la jurisprudencia que venía sosteniendo la Sala, consiste en que el aumento de una prestación legal o convencional conlleva una mejora de las condiciones de trabajo, mientras que la creación de una prestación no legal ni convencional implica la modificación de las condiciones de trabajo en el sentido de imponer al patrono un nuevo riesgo del cual no estaba obligado a responder. Es verdad que la ley puede imponer al patrono nuevas obligaciones y que éste puede asumir riesgos que no le haya impuesto la ley, pero no es dado al Tribunal arbitral cambiar fundamentalmente las condiciones que rigen los contratos de trabajo, si no modificar las existentes cuando se haya pedido el cambio y no se haya logrado acuerdo sobre él. Las prestaciones sociales son obligaciones patronales que corresponden a los riesgos patronales, por lo cual la creación de nueva prestación es la imposición de una obligación correspondiente a un nuevo riesgo del trabajo. Los aumentos de salario o de prestaciones son directamente cuestiones económicas, pero la creación de una protección nueva, de una prestación social respecto a un riesgo que no compete al patrono, es una cuestión jurídica porque implica la imposición de una obligación no simplemente de tipo económica, sino que hace asumir al patrono un riesgo que no le ha impuesto la ley ni él ha aceptado. No puede considerarse con el criterio superficial de la sentencia, que todo se resuelve en una mejora económica, sino que es necesario observar cómo algunas cuestiones económicas envuelven asuntos jurídicos, para decidir los cuales no están facultados los árbitros, pues

ellos solamente tienen capacidad para determinar las cuestiones puramente económicas mas no las jurídicas".

En los anteriores términos creo haber dejado suficientemente expuestas las razones de orden jurídico en que fundamento mi anterior salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Jerónimo Argáez Castello.

INHIBICION DE PRONUNCIARSE EN EL FONDO POR INHABILIDAD ESTRUCTURAL DEL LIBELO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., enero veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5687).

(Acta Nº 3).

Mediante fallo del 5 de marzo de 1976, el Tribunal Superior de Bogotá se declaró inhibido para resolver en el fondo el juicio laboral propuesto por don Alberto Castro Márquez contra la firma "Inmobiliaria de Crédito S. A." Revocó así la la decisión del primer grado que había sido parcialmente condenatoria contra la compañía.

Con el ánimo de obtener la infirmación de aquel fallo y el ulterior mantenimiento del de la primera instancia, el señor Castro Márquez interpuso casación, y al sustentarla (fls. 8 a 21 de este cuaderno), hace dos cargos que no fueron replicados por su contraparte. Conviene pues analizarlos:

Primer cargo

Fue planteado así: "Se acusa a la sentencia impugnada por violación directa, al haberse incurrido en errónea interpretación del artículo 209 del Código Judicial, hoy 82 del C. P. C., en concordancia con los artículos 37 numeral 4º y 403 del C. P. C., y consecuencialmente por indebida aplicación (basada en falta de aplicación) de los artículos 22, 23, 64, 65, 127 y 249 del C. S. T. y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, consagrado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

"El Tribunal Superior de Bogotá, para proferir su fallo inhibitorio dijo lo siguiente:

"De la lectura de las peticiones contenidas en la demanda se observa que únicamente se formuló como subsidiaria la indemnización por rutura injusta del contrato, en caso de que el trabajador no fuera reintegrado al cargo que venía desempeñando al momento de exitnguirse la relación laboral que lo vinculó a la parte demandada. Así se establece claramente al examinar el contenido de la súplica distinguida con el literal d). Es decir, que el reintegro del trabajador, al igual que las demás súplicas del libelo demandatorio, entre ellas la cesantía (literal c) y la indemnización moratoria (literal e), conservan el carácter de principales. Existe por tanto una incompatibilidad entre el pago del auxilio de cesantía contenido en el literal c) y el reintegro del trabajador, petición que se distingue bajo el literal d). Ocurre lo propio entre el reintegro y el pago de la indemnización moratoria, súplica esta última que aparece en el literal e).

"El pago del auxilio de cesantía presupone la ruptura del contrato de trabajo por terminación de la relación jurídica contractual, al paso que el reintegro implica la existencia de dicha relación. Además, la indemnización moratoria que se contempla en el artículo 65 del C. S. del T., es una sanción por el no pago de los salarios y prestaciones que se causaron durante la vigencia del contrato de trabajo, que ya expiró, y el reintegro pedido en el literal d) del libelo demandatorio, indica el restablecimiento del trabajo por el goce de los derechos emanados del contrato, que recobra su vigencia, con lo cual se excluye el derecho a una indemnización moratoria. Ahora bien: como no puede hacerse condena, en forma simultánea, por cesantía, reintegro e indemnización moratoria, puede concluirse, que la demanda adolece de un vicio que afecta el presupuesto pro-

cesal de demanda en forma, vicio que a su vez impide al Juzgador un pronunciamiento de fondo.

"... el requisito que exige tanto el artículo 209 del C. J. como el 82 del C. de P. C. de que las acciones o pretensiones que se acumulan en una misma demanda no sean incompatibles entre sí o que no se excluyan mutuamente, para usar la terminología del nuevo estatuto, permite, bajo ciertas condiciones que puedan proponerse acciones o pretensiones distintas y aun contrarias pero de manera subsidiaria, por cuanto la una aparece como principal que reclama una primera decisión y en el supuesto de que fracase, sí cabe entonces decidirse sobre la otra, ya que no resulta una oposición inmediata entre ellas."

"Contempladas las bases, dadas por el fallador, hay que hacer el cotejo con las normas sustantivas, para saber si hubo o no interpretación errónea."

Discurre luego la demanda sobre lo que es la interpretación errónea de la ley como forma de quebrantarla, dice que el sentenciador se equivocó al analizar el libelo cuando entendió que por ser incompatibles las súplicas sobre el pago de cesantía y de indemnización moratoria con la que reclama el reintegro del señor Castro, éste no era de recibo y, por ello, no permitía un fallo de fondo y añade que ese punto no fue materia de excepción o de reparo propuesto por la compañía demandada ni de objeción por parte del juez en la primera instancia. Y sostiene que como este último funcionario había desechado en su fallo la posibilidad del reintegro y el único apelante fue la empresa, la materia del antagonismo hallado por el Tribunal ya no era objeto de la apelación y, por ende, no cabía examinarlo al dirimir el proceso en el segundo grado.

Invoca luego la opinión de un distinguido procesalista y varias sentencias de la Corte sobre la posibilidad de interpretar la demanda que tiene todo fallador y sobre los poderes del juez encaminados a evitar que se produzcan nulidades y providencias inhibitorias, para concluir de toda argumentación que el Tribunal infringió las normas procesales que cita el cargo y, por ese medio, también quebrantó los preceptos sustantivos de índole laboral incluidos en la acusación por haber dejado de aplicarlos aunque eran aplicables en el caso sub judice.

Y sintetiza su ataque en los siguientes párrafos textuales:

"En resumen tenemos que la errónea interpretación del artículo 209 del C. Judicial, que corresponde al hoy 82 del C. de P. C., se debió a que la demanda fue mal interpretada, acogiéndose no al contenido general sino a la palabra textual, haciendo a un lado la facultad que da la Ley al Juzgador para buscar la verdad real en asuntos laborales, y producir un fallo de fondo sin eludir la decisión adecuada al marginarse con una sentencia inhibitoria.

"Al buscar un fallo inhibitorio, cuando no se habían propuesto excepciones por parte de la demandada, ni se había alegado indebida acumulación de acciones y pretensiones, con mucha mayor razón cuando el reintegro había sido negado en primera instancia y no se había presentado apelación.

"Por haberse considerado que existían acciones que se eclxuyen mutuamente, cuando los fundamentos, no eran incompatibles o contradictorios, y por el contrario podían resolverse, considerándose que el reintegro se había presentado, de acuerdo con la opción que tenía el Juez para los trabajadores de más de diez años, y que la cesantía e indemnización moratoria eran subsidiarias del reintegro. Que la interpretación se hizo más visible al decir que no se podía fallar reintegro, cesantía e indemnización moratoria, sin hacer a un lado el reintegro por no haber lugar a él, y porque no era materia de decisión en la apelación, el haberse negado la petición y no haberse apelado de ella.

"En esta forma debe casarse la sentencia impugnada, y esa Corte, como tribunal de instancia, confirmar en todas sus partes la proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a indemnización por despido; por salarios insolutos; por cesantía; por indemnización moratoria y a las costas de la primera instancia, confirmando también la absolución de las demás peticiones formuladas en la demanda."

Se considera

Un repaso de los pasajes del fallo acusado que son materia de la inconformidad del recurrente y que transcribe en su cargo como quedó visto, deja en claro que el sentenciador ad quem no le hizo decir a las normas procesales que se estiman desconocidas nada distinto de lo que surge de su prístino sentido literal: que no son acumulables en un mismo libelo pretensiones que resulten antagónicas entre sí, salvo que las que se excluyan mutuamente se propongan una como principal y la otra como subsidiaria.

Ello muestra que tales preceptos no fueron interpretados equivocadamente, es decir, que no se configura su violación por ese motivo.

Lo que acontece es que al analizar la demanda el Tribunal halló que en el caso sub judice se configuraba la acumulación de pretensiones antagónicas, vedada precisamente por aquellas normas, y con este fundamento se inhibió de pronunciarse en el fondo por inhabilidad estructural del libelo.

Y como lo que atañe a la interpretación de la demanda o a la evaluación de cualquier otro elemento aducido al proceso por parte del sentenciador es cuestión de hecho y no de puro derecho, es impropio atacarlas por la vía directa, como está planteado en el presente cargo que, por este motivo adicional, tampoco resulta de recibo.

Segundo cargo

Fue formulado así: "Se acusa a la sentencia impugnada por violación indirecta de los artículos 22, 23, 64, 65, 127 y 249 del C. S. del T., por indebida aplicación de ellos (basada en la falta de aplicación, del artículo 8º (sic) del Decreto 2351 de 1965, consagrado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, y también de los artículos 209 del Código Judicial, hoy concordante con el artículo 82 del C. P. C., en concordancia con los artículos 37 numeral 4º (sic) y 403 del C. P. C.).

"La violación se produjo por errónea apreciación de la demanda, considerada como documento auténtico.

"El error de hecho, consistió, en dar por demostrado no estándolo que ni (sic) la demanda se pretendía que se condenara a un mismo tiempo al reintegro, a la cesantía y a la indemnización moratoria.

"En no dar por demostrado estándolo, que la petición de la cesantía y de la indemnización moratoria, eran subsidiarias de la petición de reintegro.

FUNDAMENTACION DEL CARGO

"La errónea interpretación de la demanda, no está consagrada como causal en el recurso de casación laboral, como sí lo está en el artículo 368 numeral 1º del C. de P. C. Por este motivo al interpretarse erróneamente la demanda o apreciarse erróneamente, la violación es indirecta y así se presenta.

"El Tribunal Superior de Bogotá, para fundamentar su sentencia sintéticamente dijo: 'Como no puede hacerse condena, en forma simultánea, por cesantía, reintegro e indemnización moratoria, puede concluirse que la demanda adolece de un vicio que afecta el presupuesto procesal de demanda en forma, vicio que a su vez impide al juzgador un pronunciamiento de fondo.'

"En efecto al leerse en forma rígida y taxativa las peticiones hechas como consecuencia del numeral 2,. (sic) podría decirse que hay pretensiones encontradas, pero como ya se ha estudiado el Juez no está enmarcado en un criterio mecánico, sino por el contrario tiene facultad de interpretación y de buscar el objetivo esencial del derecho, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales. La demanda debe interpretarse en conjunto ya que puede haber dudas en cuanto a los derechos y los fundamentos de hecho y de derecho, teniendo entonces el fallador que atenerse a la intención buscada acogiéndose no sólo a lo directa y expresamente dicho sino al conjunto lógico de la demanda.

"El Tribunal Superior de Bogotá en vez de hacer uso de la elasticidad que le da la Ley para estudiar la demanda e interpretarla, se enfrascó solamente en decir que no podía ordenar un reintegro al mismo tiempo que ordenaba una cesantía y una indemnización moratoria. El ad quem teniendo en cuenta las pretensiones, tenía

lógicamente que interpretar que la cesantía e indemnización moratoria, se habían presentado, en forma subsidiaria del reintegro, y no proferir un fallo inhibitorio.

"Sobre este particular merece transcribirse fallo de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, así: 'Aunque se haya acumulado de hecho de o más acciones sin tratarse de las autorizadas por el artículo 209 del C. Judicial como la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes, puede permitir al fallador de una de aquéllas y en tal evento la procedencia es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar, y decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal la sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativas y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución' (Cas., 12 de agosto de 1948, LXIV, 706, 25 de septiembre de 1954, LXXVIII, 677; Sent., S. de N. G. 29 de abril de 1958, LXXXVII, 910).

"Si se hubiese encontrado en realidad la acumulación de dos o más acciones sin reunir los elementos de los artículos 209 del Código Judicial, y 82 del C. de P. C., tenía que interpretarse y apreciarse la demanda, en forma de considerarse, que la pretensión de cesantía e indemnización moratoria era subsidiaria de la de reintegro, y al haberse proferido una sentencia inhibitoria, se incurrió en una errónea apreciación e interpretación de la demanda.

"La errónea interpretación de la demanda es mucho más clara, en este caso, cuando se hizo por el ad quem, después de que el Juez de primera instancia había negado el derecho al reintegro, y si había proferido condena por la cesantía y la indemnización moratoria.

"El artículo 357 del C. de P. C. dice que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto el Superior no puede 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 aquélla. Como en este proceso el derecho al reintegro se negó y no se apeló, el Tribunal Superior de Bogotá no podía entrar a analizarlo, ni a pronunciarse sobre él. En ese momento la demanda estaba sólo subordinada a los puntos materia de la condena y mal podía interpretarse que el reintegro, la cesantía y la indemnización moratoria, no podían ser falladas a la vez.

"La demanda se apreció e interpretó también, erróneamente porque los fundamentos de las peticiones en los numerales uno y dos, eran uno solo, y no eran incompatibles o contradictorios. Eran peticiones que podían prosperar o no prosperar, y tenerse unas como principales y otras como supletorias, y no podía tomarse la demanda en sentido contrario, para desviarse a un fallo inhibitorio, en vez de pronunciarse en el fondo.

"VIOLACIONES SUSTANTIVAS

"Al haberse apreciado mal la demanda, se incurrió en una sentencia inhibitoria, no pronunciándose el Tribunal sobre las condenas que había culminado el Juez de primera instancia. Al no haberse estudiado por el ad quem las condenas por salarios insolutos, por indemnización por despido injustificado, por cesantía y por indemnización moratoria, se dejaron de aplicar los artículos 22 y 23, que contemplan el contrato de trabajo y los elementos del mismo; el 64 que contiene la indemnización de perjuicios por incumplimiento y expresamente dice que va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo, el artículo 65 que consagra la indemnización moratoria, cuando no se pagan los salarios y prestaciones a la terminación del contrato; el 127 que estudia el elemento salario y aclara como se constituye; el 249 que establece la cesantía, todas estas normas del C. S. del T., y finalmente el artículo 8º. (sic) del Decreto 2351 de 1965, que fija la indemnización en favor del trabajador, cuando se produce un despido injustificado.

"Al no haberse aplicado, las normas anteriormente enumeradas y no haberse declarado la existencia del contrato y el derecho al salario, cesantía, indemnización por despido e indemnización moratoria, se incurrió en una indebida aplicación de esas normas, que obligan a la casación del fallo impugnado.

"También se violaron algunas normas adjetivas, que incidieron en la no aplicación de las normas sustantivas y por eso se citaron como violadas, a saber:

"El artículo 209 del Código Judicial y el 82 del C. de P. C., que consagraba el primero la acumulación de acciones y de pretensiones el segundo. Estas normas se violaron, ya que el Tribunal les dio aplicación como si en realidad se hubiese presentado una indebida acumulación de acciones o pretensiones, que no hubiesen quedado saneadas al no haberse propuesto excepciones o alegatos por parte de la demandada, o con el fallo de primera instancia que eliminó dentro de las peticiones el reintegro. También se dio indebida aplicación al considerar que no se podía proferir sentencia de fondo porque la cesantía, reintegro, indemnización moratoria, se excluían mutuamente.

"En este proceso no podía darse aplicación a los artículos 209 del Código Judicial y 82 del C. P. C., por cuanto las peticiones no dependían de fundamentos diversos, no eran incompatibles ni los fundamentos eran contradictorios, y porque si se hubiese presentado, la demanda debía apreciarse e interpretarse teniendo en cuenta que la cesantía e indemnización moratoria eran subsidiarias para el caso de que no se ordenara por el Juez el reintegro, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965."

Por su parte, las peticiones de la demanda con que comenzó el proceso rezan textualmente así:

"1ª) Que entre mi mandante y la Sociedad demandada existió un Contrato de trabajo, inicialmente en su calidad de Subgerente y directivo y finalmente como Gerente al haber faltado el principal, contrato de trabajo que fue roto en forma unilateral e injustificada por parte de la Sociedad, el 10 de marzo de 1957, y cuya comunicación fue dada por escrito el 16 de marzo del presente año.

"2ª) Que por el Contrato de Trabajo celebrado y la ruptura unilateral e injustificada del mismo, la Sociedad INMOBILIARIA DE CREDITO S. A., debe ser condenada al pago de lo siguiente:

"a) Salarios insolutos por el tiempo que se prestó el servicio;

"b) Primas de servicio y vacaciones por el tiempo que se prestó el servicio, lo mismo que subsidio de transporte;

"c) Cesantía por el tiempo trabajado;

"d) Reintegro del trabajador a su calidad de Gerente, cargo que estaba desempeñando cuando fue despedido; pago de los salarios dejados de percibir, o en subsidio, la indemnización por la ruptura injusta del contrato;

"e) Indemnización moratoria por el pago de sueldos y prestaciones, desde la época en que se hicieron exigibles hasta que se haga su cancelación;

"f) Las costas del presente juicio." (Las mayúsculas son del recurrente).

Se considera

La atribución de interpretar la demanda que la ley procesal le confiere al juez no puede razonablemente llegar hasta el punto de que la autoridad judicial que conoce de ella tenga facultad para variar el sentido y el alcance expresos de las pretensiones concretas que formule el actor y, menos aún, en cuanto al carácter de principales o de subsidiarias que les haya dado a tales pretensiones.

De otra suerte, el Juez llegaría a ser algo similar a un coadyuvante oficioso del actor, papel que por la misma naturaleza de la función jurisdiccional le estaría radicalmente vedado, pues rompería el equilibrio de las partes en el proceso y haría nugatoria la imparcialidad inherente a la esencia misma de un juzgador.

Es entonces muy claro, a la luz de las reflexiones anteriores y ante la redacción misma de las súplicas del libelo, que se dejaron transcritas y cuyo texto no se presta a equívocos en cuanto a esclarecer cuáles son principales y cuál es subsidiaria, que la interpretación de ese libelo por parte del Tribunal no incurrió en los errores de hecho que el cargo le atribuye y que no podía llegar hasta el extremo a que el recurrente aspira que alcanzara porque ello hubiera rebasado de manera ostensible la potestad que a ese respecto tienen los encargados de administrar justicia.

Se concluye así que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección

Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo acusado.

Sin costas en el recurso pues no aparecen causadas.

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

Juan Hernández Sáenz, Jerónimo Argáez tello, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

VALOR DEL SALARIO EN ESPECIE

Lugar en donde debe hacerse la consignación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., enero veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 3).

Rafael Vence Zabaleta, mayor y vecino de Valledupar, demandó por medio de aporado judicial a Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. (Helicol) domiciliada en Bogotá, para que se la condene a pagarle el valor de 33 dominicales y 10 feriados; indemnización por despido ilegal; ajuste de salarios desde la vigencia del fallo arbitral hasta la terminación del contrato; el valor de seis días de salarios; indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones solicitadas y de los seis días de salario, ajuste de vacaciones y cesantía de acuerdo con el último sueldo devengado y las costas del juicio.

Relatan los hechos de la demanda que Rafael Vence Zabaleta trabajó al servicio de la demandada hasta el 8 de enero de 1968, cuando fue despedido sin justa causa, habiéndosele pagado salario únicamente hasta el 2 de enero. Al liquidársele las prestaciones no se tuvo en cuenta que su salario era de $1.450.00 por haber aumentado $150.00 el fallo arbitral a partir del 1º de junio de 1967. Vence Zabaleta fue trasladado a Bogotá en abril de 1967, ciudad donde permaneció seis meses; luego se le trasladó a Cereté, en donde recibió la comunicación de despido; en Buga se le pagó $50.00 diarios adicionales para alojamiento y alimentación y en Cereté recibió alojamiento, alimentación y lavado de ropa adicional, como equivalente de los $ 50.00 diarios. Además, cuando viajaba de Valledupar a la Guajira, devengaba $85.00 diarios de viáticos. Los anteriores factores no fueron tenidos en cuenta al determinar el salario para liquidar las prestaciones, ni lo correspondiente al trabajo en domingos y feriados.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial, Helicópteros Nacionales de Colombia —Helicol— S. A. negó los hechos fundamentales se opuso a las peticiones y propuso las siguientes excepciones:

"a) Inexistencia de las obligaciones que se cobran. Fundo esta excepción en el hecho que el demandante no trabajó dominicales y feriados y en el evento de haberlo trabajado no fueron expresamente autorizados, pero aún más si los trabajó, su reclamo ha debido formularlo dentro de los períodos de pago establecido por la demandada, según los términos expresos del contrato que vinculó a las partes. b) Falta de Título. El demandante carece de título y causa para reclamar, puesto que su despido fue con justa causa, al violar o incurrir en las causales de los literales segundo (2º) y quinto (5º) del artículo 7º del Decreto N 2351 de 1965. c) Solución o Pago. Fundo esta excepción en el hecho de que la empresa demandada pagó todas las prestaciones y los salarios a los cuales se hizo acreedor el demandante. d) Buena Fe. Fundo esta excepción en el hecho de que todos los actos y decisiones realizadas por la demandada se cumplieron dentro de la más absoluta corrección y dentro de las normas legales pertinentes. e) Prescripción. Sin que se entienda que aceptó las peticiones de la demanda y los derechos que se cobran, dado el transcurso del tiempo entre la terminación del contrato y la notificación de esta demanda, formulo la excep-

ción de prescripción de los derechos y obligaciones reclamados, por haber superado el término de tres (3) años consagrado en la Ley que da lugar al fenómeno jurídico de las prescripción."

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el del Circuito Laboral de Valledupar, dictó sentencia el cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "1º) Condenar a la empresa Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. (HELICOL) con domicilio principal en Bogotá a pagar en favor del señor RAFAEL P. VENCE ZABALETA, portador de la cédula de ciudadanía Nº 807622 expedida en Barranquilla el valor de las siguientes indemnizaciones y prestaciones: a). Por concepto de indemnización por despido injusto la suma de DIEZ MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN ($10.291.80) PESOS, CON 80/100. b). Por concepto de ajuste de salarios la suma de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y DOS ($1.782.00) PESOS. c). Por concepto de cesantía la suma de SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS ($6.276.52) PESOS, CON 52/100. d). Por concepto de vacaciones la suma de UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS (1.372.64) PESOS, con 64/100. e). Por concepto de salarios insolutos pagará la suma de NOVENTA Y UN ($91.50) PESOS, CON 50/100 diarios a partir del día 18 de enero de 1968 hasta cuando se cancele la totalidad de las anteriores prestaciones e indemnizaciones. 2º) Descuéntese de las anteriores condenas la suma de SIETE MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS CON 40 CENTAVOS ($ 7.718.40 PESOS, 40/100. 3º) Absuélvese a la empresa demandada de las demás pretensiones de la demanda. 4º) Declaránse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada".

Apeló el apoderado de la parte demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Laboral, decidió el recurso en sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y seis en la siguiente forma: "1º Modifícase el literal a) del numeral 1º de la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la empresa HELICOPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. a pagar a favor del señor RAFAEL VENCE ZABALETA la cantidad de diez mil doscientos noventa y un pesos con ochenta centavos ($10.291.80) en el sentido de sólo condenar a la empresa en la cantidad de cuatro mil setecientos sesenta y tres pesos con veinticinco centavos ($4.763.25), como indemnización por ruptura ilegal del contrato. 2º Revócanse los literales b), c), d) y e) del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco. 3º Revócase el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco. 4º Confírmanse los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco. Queda en estos términos modificado, revocado y confirmado el fallo de primera instancia que dictó el señor Juez Laboral del Circuito de Valledupar, en la fecha ya conocida."

Recurrió en casación el apoderado de Rafael Vence Zabaleta. 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 no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo presenta así el casacionista: "En primer lugar, persigo que se case parcialmente la sentencia de fecha 27 de febrero de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del ordinario laboral referido, así: REVOCANDO la parte resolutiva de dicha sentencia en cuanto hace a los numerales 1º, 2º, y 3º de la misma. En segundo lugar persigue que, casada así la sentencia recurrida y constituyéndose la Honorable Corte en SEDE DE INSTANCIA, se dicte en su reemplazo la correspondiente sentencia en la cual se confirmen los ordinales a), b), c), d) y e) del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia. Asimismo, se confirme el numeral 2º de esta sentencia de primera instancia."

Con base en la causal primera de casación el impugnador formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia recurrida por ser violatoria de la ley sustancial, con violación directa de los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de interpretación errónea. Al sustentar el cargo el recurrente transcribe los artículos 127 y 129 citados, el pasaje de la sentencia en relación con el salario en especie y argumenta:

"Los conceptos del Honorable Tribunal, que se transcriben, violan el artículo 129 en su numeral 2º en estos aspectos: a) En relación al momento o época en que debe valorarse el salario en especie, y b) En relación al medio para valorar el salario en especie. Ciertamente la norma citada no dice que la valorización del salario en especie sea 'al instante de celebrarse el contrato de trabajo'. Esta es una afirmación del Tribunal en abierta contradicción con el texto de la citada norma, que dice que, 'debe valorarse en todo contrato de trabajo', pero no precisamente en su iniciación, pues es necesario tener en cuenta que el contrato de trabajo, que esencialmente es de tracto sucesivo, puede tener en su curso o desarrollo numerosas modificaciones convenidas por las partes según sus propias conveniencias, o las necesidades del trabajo mismo. En consecuencia si se conviene un salario en especie con posterioridad a su iniciación, es obvio y claro que las partes pueden regular su valor y fue precisamente lo que ocurrió en este contrato. El Tribunal reconoce que existió un salario en especie porque las pruebas así lo demuestran y por un tiempo muy prolongado, pero por una interpretación errónea y recortada de la norma en cuestión, concluyó desconociendo su significación económica. En relación al medio para valorar el salario en especie, también el Tribunal interpretó mal la norma y por lo mismo la violó y no la aplicó. En forma restrictiva considera que sólo la prueba de peritos establece el salario en especie.

Esta interpretación también está en abierta pugna con la norma en referencia. La prueba de peritos según lo dice el numeral 2º del artículo 129, debe aplicarse cuando falta la evaloración expresa, esto es, que es una forma supletoria pero no la única forma de establecerlo. El salario en especie es un factor de libre contratación, y puede ser valorado por las partes, patrono y trabajador, en cualquier momento del contrato, y lo que es más, por actos de acuerdo expresos o tácitos, que para el efecto da lo mismo. Si el patrono como aparece demostrado, ofreció al trabajador una prima alimentaria por valor de cincuenta pesos ($50.00) diarios y la dio durante un largo período, y después directamente satisfizo esa prestación, y gozaba de ella en el momento del despido, no puede haber duda alguna de que el trabajador al aceptarla la consintió, y por todo ello adquirió una realidad contractual específica y categórica, y como tal obligatoria para las partes. Son de las realidades que surgen en la vida de los contratos con sentido y valor evidentes y por lo mismo, obligatorias y vinculantes. El honorable Tribunal al pretender que sólo la prueba de peritos acredita la valoración del salario en especie, procede interpretando erróneamente la norma en cuestión y así violó directamente el artículo 129, como también el 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 132 de la misma obra. El Tribunal no aceptó la realidad del contrato sobre el valor de cincuenta pesos ($50.00) diarios, pero a la vez sí reconoce que esta realidad está demostrada".

Para el opositor no hubo interpretación errónea del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo porque el Tribunal se limitó a aplicarlo en su tenor, el cual es suficientemente claro y preciso, pues ante la carencia de medio probatorio sobre el monto del salario en especie, en razón de que no fue acordado por las partes ni se fijó por peritos, no se podía acceder a las declaraciones y condenas impetradas.

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre el valor del salario en especie devengado por el trabajador:

"Está aceptado por las mismas partes que el señor Rafael Vence Zabaleta mientras estuvo en la base de Cereté recibió de parte de la empresa demandada alojamiento y alimentación, pero este salario en especie a que era acreedor en tal virtud no fue valorado expresamente por las

partes al instante de celebrarse el contrato de trabajo como lo exige el artículo 129 en su inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo. Dentro del proceso se pidió su valoración por intermedio de la prueba de peritos, lo que se ordenó pero no se produjo conforme a los requisitos del Código de Procedimiento del Trabajo, motivo por el cual no puede tenerse como prueba tal como lo resolvió el juzgador en primera instancia. Sinembargo, la Sala no puede acoger el sistema adoptado por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad en cuanto que porque el demandante señor Rafael Vence Zabaleta tenía una prima de alimentación en la ciudad de Buga equivalente a $50.00 diarios, ésta debe ser la valoración del salario en especie que daba la empresa demandada en la ciudad de Cereté al demandante. Y no puede aceptarse tal sistema porque el Código Sustantivo del Trabajo prescribe con exactitud y sin ambigüedades cuál es la forma de hacer la valorización del salario en especie, o sea con la prueba pericial. Además, las circunstancias sociales y económicas varían en este país en forma radical de un lugar a otro por lo que sería aventurado tomar como valor del salario en especie en una ciudad el que se tiene en otra."

Se considera

El inciso 2º del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: "El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo y a falta de esta valoración se estimará pericialmente". Esta norma no establece que necesariamente el valor del salario en especie deba señalarse por las partes en el instante de celebrarse el contrato de trabajo, pues la cláusula respectiva puede agregarse en cualquier momento durante la ejecución del mismo, máxime si se tiene en cuenta que una relación de trabajo puede iniciarse sin que la remuneración comprenda salario en especie y dicha modalidad salarial se acuerde por las partes posteriormente. De manera que cuando el Tribunal Superior afirma que el inciso 2º del artículo 129 del Código Sustantivo exige que el salario en especie debe valorarse expresamente por las partes al instante de celebrarse el contrato, está interpretando erróneamente la norma.

También la interpreta el Tribunal Superior con error cuando dice que el Código Sustantivo del Trabajo "prescribe con exactitud y sin ambigüedades cuál es la forma de hacer la valoración del salario en especie, o sea con la prueba pericial". La interpretación correcta es la que le ha dado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral al estimar que si bien es cierto que la prueba pericial es la más adecuada, el artículo 129 no excluye los demás medios probatorios señalados en la ley para demostrar el valor del salario especie. Así en sentencia de diez y nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, dijo esta Corporación: "Ciertamente conforme al artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el salario en especie no se haya valorado de modo expreso en el contrato de trabajo, se estimará pericialmente. Esta disposición, calcada en el artículo 2054 del Código Civil, tiende a evitar, que a falta de estipulación expresa acerca del monto del salario en especie, se deje de reconocer al trabajador el que en equidad le corresponda. Supuesto un litigio, el dictamen pericial, es, sin duda, la prueba más adecuada acerca del salario en especie no estipulado en el contrato. Pero en manera alguna, y menos dentro del sistema de la libre formación del convencimiento que consagra el artículo 61 del C. P. del T., es admisible la tesis de que la opinión del perito haya de prevalecer sobre el criterio del juzgador, excluyendo los otros medios probatorios establecidos en la ley. Por tanto, si el dictamen pericial en lo relativo a este punto, por cualquier circunstancia no se estima fehaciente, bien puede el fallador atenerse a los otros elementos de juicio que obren al respecto". (Gaceta Judicial Tomo LXXXIX, número 2202, página 278).

Sin embargo, a pesar de haberse demostrado que el sentenciador interpretó erróneamente los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, el cargo no prospera, porque pretendiendo el recurrente se le reconozca un mayor valor por la indemnización por despido sin justa causa, salarios, vacaciones, auxilio de cesantía y la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, no incluyó las nor-

mas sustanciales que consagran dichos derechos, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica en la cual, además de las normas que constituyen la violación de medio, que en el caso en estudio serían los artículos 127 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente deben incluirse las que fueron violadas a través de las anteriores, o sean las sustanciales consagratorias de los derechos cuyo reconocimiento o desconocimiento persigue el recurso extraordinario.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de la ley sustancial, con violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas."

El recurrente fundamenta la acusación así:

"El Honorable Tribunal, consideró que la empresa demandada estaba exonerada de la sanción por mora a que se refiere el artículo 65 indicado, porque 'de su proceder no se deduce la mala fe'. Al hacer tal apreciación el Tribunal pasó por alto la prueba que obra a folios 109 y siguientes del expediente, y que son las copias auténticas de las consignaciones efectuadas por la empresa demandada ante el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, pretendiendo así pagar las prestaciones adeudadas al trabajador demandante. En igual sentido confiesa el demandado al contestar el hecho 6º de la demanda. Las pruebas aducidas son documentos auténticos y demuestran plenamente que el demandado no consignó en el domicilio del trabajador ni en el lugar donde éste prestaba sus servicios (Cereté), como era su obligación, amén de que la segunda consignación fue efectuada extemporáneamente, y hasta la fecha el demandante no tiene conocimiento de tal hecho, ni mucho menos ha logrado recibir sus prestaciones. El no haberse tenido en cuenta por parte del Tribunal estas pruebas, constituye error manifiesto de hecho con violación del artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral; se violó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues las consignaciones fueron hechas ambas en Bogotá que es el domicilio de la demandada y se repite, no en el lugar donde el trabajador prestaba sus servicios, que era Cereté; esta actitud implicó un procedimiento absolutamente ineficaz (el de consignar) que no liberó al patrono de sus obligaciones contractuales y sí puso en evidencia su mala fe, la cual ya se anticipaba por el rompimiento unilateral e injusto del contrato, el cual fue comprobado."

Transcribe, finalmente, pasajes del fallo de esta Sala de la Corte de fecha abril veintitrés de mil novecientos setenta y uno.

El opositor considera que los documentos de folios 52, 53 y 54 acreditan que la consignación de las prestaciones de Vence Zabaleta se hizo en Bogotá por acuerdo de las partes, en desarrollo de la petición formulada por el trabajador, probanzas que se encuentran reforzadas con las respuestas dadas por el demandante a unas preguntas que le fueron formuladas, en el interrogatorio de parte. Estima también el opositor que las pruebas señaladas por el recurrente como no apreciadas por el Tribunal Superior, sí lo fueron en forma conjunta con las anteriores, y que tanto unas como otras acreditan la consignación del valor de las prestaciones como otras acreditan que la consignación se hizo en Bogotá, pero a petición del demandante, quien se presentó voluntariamente a dicha ciudad para reclamarlas, por lo cual la empresa demandada obró de buena fe al consignar lo debido en Bogotá.

Se considera

Sobre la indemnización por mora dijo el fallador de segunda instancia:

"La postura de la empresa Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. no da lugar a que sobre ella recaiga la sanción prescrita en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque de su proceder no se deduce la mala fe a que con tanta insistencia se ha referido la Corte Suprema de Justicia en distintas jurisprudencias. En efecto, la empresa primeramente hizo una liquidación a su trabajador que no estuvo acorde con los términos del contrato de

trabajo que tenía suscrito con el demandante, pero posteriormente rehizo la liquidación sin omitir derecho alguno en lo que respecta a salarios y prestaciones, excepción hecha de la indemnización a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato, pero esto no es ni prestación ni salario, por lo que no corre la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Claramente se observa en lo transcrito que el Tribunal Superior no tuvo en cuenta, para efectos de la indemnización moratoria, las consignaciones hechas por la sociedad demandada en la ciudad de Bogotá, sino la liquidación y posterior reliquidación de las prestaciones. No es exacto, por lo tanto, la censura que sobre el particular hace el opositor a la acusación.

En relación con el lugar en donde debe hacerse la consignación del valor de las prestaciones y salarios a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no existe norma expresa. Sin embargo la jurisprudencia ha llegado a la conclusión que ella debe hacerse en el lugar convenido por las partes, y a falta de ese convenio, en la localidad en donde se presta el servicio. Así, en sentencia de ocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, Mario Alfredo Rivera Nacia contra Rafael Paredes M., no publicada en la Gaceta Judicial, dijo esta Sala de la Corte: "El artículo 65 del C. S. del T., no señala el lugar en donde debe efectuarse la consignación. Pero existiendo la norma contenida en el ordinal 4º del artículo 57, debe entenderse que es el lugar convenido para pagar los salarios, que ha podido acordarse previamente o determinado durante el desarrollo de la relación laboral. La consignación a que se refiere el artículo 65 citado es una forma de pago que extingue la obligación y limita la indemnización moratoria. Si el patrono afirma haber pagado, está excepcionado, y le corresponde, por lo tanto, probar no sólo el pago, sino que éste se hizo en el lugar convenido".

La sociedad demandada hizo dos consignaciones en un juzgado del Trabajo de Bogotá a favor de Vence Zabaleta, a pesar de que el último sitio en donde prestó el servicio fue Cereté. La primera por valor de $6.300.94, hecha el 18 de enero de 1968, fue retirada por el demandante el 26 de enero (folio 118), realizándose así um pago real por esa cuantía. La segunda por valor de $1.417.46, correspondiente al reajuste de las prestaciones sociales de Vence Zabaleta, fue presentada al Juzgado el 8 de febrero de 1968 y no hay constancia de que hubiese sido retirada por el beneficiario. Ambas consignaciones fueron hechas en lugar distinto a aquél en que se prestó el servicio. Sin embargo la primera produjo una solución parcial de la obligación, por haber recibido el extrabajador la suma correspondiente. No así la segunda, respecto de la cual no acreditó la sociedad demandada que hubiese sido recibida por Vence Zabaleta.

Estas consignaciones hechas en Bogotá no configuran mala fe por parte de la sociedad demandada, por cuanto, como lo anota el opositor, el demandante manifestó que reclamaría sus prestaciones en dicha ciudad y pidió um anticipo de las mismas que le fue concedido, para trasladarse a Bogotá, como lo acreditan los documentos que obran a folios 52, 53 y 54, lo que corrobora Vence Zabaleta al contestar las preguntas que le formuló la sociedad demandada en interrogatorio de parte (folio 90). Ante la manifestación del demandante de que iría a recibir sus prestaciones a Bogotá, acogida por la demandada, bien podía entender ésta, de buena fe, que se había convenido que los salarios y prestaciones se pagarían allí, y que por lo tanto la consignación de lo que confesaba deber podía hacerse en esa ciudad.... No incurrió por lo tanto el Tribunal Superior en evidente error de hecho al dar por demostrado que de la actuación de "Helicópteros Nacionales de Colombia S. A." no se deducía mala fe, por lo cual, al no haberse demostrado el error de hecho que se le atribuye, 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 veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Laboral.

Sin costas, de acuerdo con el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUTORIZACION GLOBAL QUE EL TRABAJADOR DA AL PATRONO PARA QUE ESTE LE HAGA CIERTOS DESCUENTOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero dos de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente Nº 5538

(Acta Nº 4).

Ambas partes interpusieron casación contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior de Medellín el 5 de marzo de 1976 para dirimir en segunda instancia el juicio laboral que propuso el señor Reinaldo Arango Fernández contra las "Empresas Clute de Colombia S. A.". Pero sólo sustentó su recurso de demandante (fls. 15 a 44 de este cuaderno), sin obtener réplica de la contraparte.

Aspira el recurrente a "que se case parcialmente la sentencia, y que se modifique, así:

"a) Que se condene a la empresa demandada a devolver al demandante las cantidades ilegalmente descontadas de su salario, en cuantía de $63.364.23.

"b) Que se aumente la cuantía de las condenas: por vacaciones a $2.947.22; por prima de servicios a $3.372.20; por auxilio de cesantía a $50.211.74, y por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo a $62.461.68.

"c) Que se condene a la empresa demandada a pagar al demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"d) Que se condene a la empresa demandada a pagar la totalidad de las costas."

Para ello formula seis cargos, tres principales (primero, tercero y quinto) y tres subsidiarios de los anteriores (segundo, cuarto y sexto en su orden), cuyo análisis debe hacerse en seguida:

Primer cargo

Se anuncia así: "Violación indirecta por aplicación indebida de los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 59 (regla primera), que prohíbe a los patronos deducir, retener o compensar suma alguna del salario sin orden del trabajador previa, escrita y para cada caso; 149, que repite y amplía la misma prohibición; 43, que resta efecto a las cláusulas del contrato de trabajo que sean ilícitas o ilegales; 127, que dice que los porcentajes sobre ventas y las comisiones son parte del salario, y 57 (regla cuarta) que obliga a los patronos a pagar la remuneración pactada; 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 consiste en no dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada descontó al demandante de su salario, durante el último año de servicios, sin orden previa suscrita por el trabajador, para cada caso, y sin mandamiento judicial, cantidades de dinero por arrendamiento, llamadas telefónicas, anticipo de comisiones, libros y otros conceptos, y le dedujo, retuvo y no devolvió la reserva a su favor denominada D. C's.

"Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal son: a) documento de folio 185 sobre 'Bono Anual Condicional-Suscripciones Populares'; b) Documentos de folios 321 a 355 que contienen la relación de ventas, comisiones devengadas por el deman-

dante y descuentos hechos al mismo, durante el último año de servicios.

"La prueba mal apreciada por el Tribunal es el contrato de trabajo de folios 36 ss., y el contrato de folios 31 ss."

El desarrollo del cargo busca demostrar que, de los documentos que invoca, resulta que al señor Arango se le hicieron descuentos de su salario en forma ilegal por un monto de $63.364.23 durante el último año de servicios, hecho que no halló comprobado el Tribunal ad quem como consecuencia de la equivocada apreciación de algunas de esas pruebas y de la falta de evaluación de las otras, lo que lo condujo, según el recurrente, a caer en el error de hecho que le atribuye y en el quebranto de las normas que cita, al no haber condenado a la empresa a pagarle aquélla suma de dinero.

La Sala considera

El artículo 59, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo les prohíbe a los patronos durante la vigencia del contrato retener, deducir, o compensar cualquier suma de dinero del monto de los salarios o prestaciones sociales del trabajador sin una autorización previa y escrita de éste para cada caso o un mandamiento judicial, salvo las excepciones que el precepto especifica. Y el artículo 149 del mismo Código reitera esta prohibición y expresa varias de las hipótesis que abarca.

Ello no significa, empero, que haya ilicitud en que el trabajador autorice globalmente a su patrono para ciertos descuentos o compensaciones cuando el género de actividades que sean objeto del contrato de trabajo o la forma de retribución estipulada los hagan indispensables para el desarrollo normal de la relación de servicios o, cuando menos, útiles para los intereses del trabajador, como en los casos en que la remuneración está constituida esencialmente por comisiones, participaciones, bonificaciones o formas semejantes de salarios variables y de pago un tanto diferido, donde es usual y equitativo que el empresario le haga anticipos al empleado para atender a sus neces'dades inmediatas, o donde hay lugar a que la retribución se desvanezca si se produce desistimiento o rechazo del negocio que debía causarla.

En estas situaciones para la respectiva compensación o reembolso al empleador bastará una autorización escrita y de carácter general del empleador, que bien puede constar en cláusula expresa del contrato de trabajo o en documento distinto pero claro y expreso en sus términos respecto a la naturaleza específica de los descuentos o compensaciones que comprende y a las oportunidades o motivos en que puede procederse a ellos.

Darle un sentido distinto y restrictivo en sus alcances a las normas mencionadas, con apego a la letra y alejamiento de la realidad práctica que busca regular con miras a la tutela de los intereses del asalariado, es exagerar esa tutela hasta hacerla perjudicial para quien se pretende proteger.

Esclarecido lo anterior, precisa analizar ahora el mérito de la presente acusación:

En los contratos de trabajo que obran de folios 30 a 33 y 36 a 38 del cuaderno primero y que el cargo reputa como mal apreciados en la sentencia recurrida, aparece estipulado que el trabajador puede recibir anticipos de comisiones y que él, a su vez, autoriza al patrono para reembolsarse de ellos en la liquidación final de comisiones que se haga; así como también se conviene que si el negocio que causaría la comisión se rescinde o anula por obra del cliente, no habrá lugar a que el trabajador la perciba y los avances que se le hubieran hecho sobre ella serán descontables de las que reciba por otros negocios o de sus prestaciones o indemnizaciones. Nada de ello resulta ilegal, conforme quedó analizado al principio de este estudio, pero ninguna deducción distinta de sus salarios y prestaciones aparecen autorizada por el empleado y, en consecuencia, cualquiera otra que le hubiere hecho la empresa y que no esté comprendida dentro de las que la ley ordena efectuar, equivaldrá a una retención indebida de salarios o de prestaciones, por la cual el patrono está llamado a responder.

Respecto de las pruebas que, según el cargo, no fueron apreciadas por el Tribunal, la Sala encuentra:

En el documento que obra al folio 185 del primer cuaderno se lee que del monto

de las comisiones devengadas por el agente vendedor se descuenta un 20% para formar una reserva destinada a responder por las comisiones correspondientes a la llamada "producción incobrable", que se le cargan al vendedor respectivo. Ese descuento lo denomina el escrito "D.C' s' y no aparece autorizado por el trabajador Arango en la forma prevista por el artículo 59, ordinal 1º, del Código Sustantivo, además de que por su naturaleza implicaría el deber para el empleado de asumir riesgos o pérdidas de su patrono, lo cual no está permitido por el artículo 28 del mismo Código.

Y en los documentos que obran de folios 321 a 355 del mismo cuaderno, allegados al proceso en la inspección ocular practicada en la primera instancia, aparece que la empresa le hizo descuentos sobre el monto de sus comisiones al trabajador Arango durante el lapso comprendido entre diciembre de 1970 y noviembre de 1971. De tales descuentos solo resultaban legalmente admisibles en este caso los relativos a cotizaciones para el I C S S, retención en la fuente del impuesto sobre la renta, anticipos de comisiones, préstamos y embargos. Los demás carecen de amparo legítimo por falta de autorización previa y escrita del empleado, conforme a la tesis expuesta antes.

Queda en claro así que le asiste razón al cargo en cuanto a que en el juicio hay prueba evidente de que la empresa le hizo descuentos indebidos de sus comisiones al demandante y queda patente, por ende, el error de hecho que le atribuye al sentenciador como fuente de los quebrantos de textos sustanciales de la ley; que de allí deriva.

Prospera entonces la acusación y deberá casarse el fallo impugnado en este aspecto, con las consecuencias que se determinarán más adelante.

Ello implica que no haya lugar al estudio del segundo cargo, que es mera repetición del primero con algunas variaciones en cuanto a su planteamiento técnico.

Tercer cargo

Está formulado así: "Violación indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 127, que establece que los porcentajes sobre venta y las comisiones son parte del salario; 186, que establece el derecho a vacaciones remuneradas; 189, (modificado por el artículo 14 del Decreto 2351/65), que establece la forma de compensar las vacaciones no disfrutadas; 249, que establece el derecho a auxilio de cesantía; 253 (modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965), que establece la regla para liquidar cesantía en el caso de salarios variables, y 306, que establece el derecho a prima de servicios, y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que establece la forma de indemnizar al trabajador por despido injusto, 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 consiste en no dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada no tuvo en cuenta todos los factores integrantes del salario del señor Arango para liquidarle vacaciones, auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización por terminación unilateral e injusta de su contrato de trabajo.

"Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal son: a) Documento de folio 185 sobre 'Bono Anual Condicional-Suscripciones Populares'; b) Documentos de folios 321 a 355 que contienen la relación de ventas, comisiones devengadas por el demandante y descuentos hechos al mismo, durante el último año de servicios.

"La prueba mal apreciada por el Tribunal es el documento de folio 320, emanado del revisor fiscal de la empresa."

En la sustentación del cargo se hacen argumentaciones similares a las contenidas en el primero, ya resumidas entonces, para demostrar que al actor se le retuvo indebidamente una parte de sus comisiones que, por constituir cuota de su salario, han debido tenerse en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales a que tiene derecho. Y que como el Tribunal no tuvo en cuenta esta circunstancia, que está demostrada en el juicio mediante las pruebas que invoca, erró de hecho en forma ostensible en la forma puntualizada por él y desconoció así los preceptos que menciona el cargo.

Remata su impugnación así:

"Debido a los errores cometidos, el Tribunal liquidó vacaciones, cesantía, prima de servicios e indemnización por despido con base en las cifras que mencionó a folio 475. Ha debido hacerlo con base en las que acabo de mencionar, que aparecen nítidamente en los documentos de folios 321 a 355."

Se considera

En el análisis del primer cargo quedó esclarecido que al trabajador Arango le fueron hechos descuentos ilegales del monto de sus comisiones, cuyo valor, como lo prevé el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo que invoca el recurrente, hace parte del salario que debe tenerse en cuenta para el cálculo de las prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el empleado, según lo enseñan los demás preceptos que también cita la acusación.

Aquellas reflexiones y las que acaban de hacerse, muestran evidentemente que el Tribunal erró de hecho cuando no incluyó en el salario básico para determinar el valor de las prestaciones e indemnizaciones reconocidas al señor Arango tales descuentos y que apreció equivocadamente, asimismo, el documento que obra al folio 320 del cuaderno primero, que no expresa el monto real del salario de dicho señor al no comprender la cuantía de los descuentos aludidos.

De alli surge también el quebranto indirecto de los textos que cita el recurrente o, sea, la prosperidad del cargo, que dará lugar a que se case el fallo recurrido en el aspecto que abarca, con los efectos que más adelante se expresarán.

No resulta indispensable estudiar el cuarto cargo, que busca la misma finalidad ya satisfecha al prosperar el tercero.

Quinto cargo

Dice textualmente: "Violación indirecta por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece la indemnización por falta de pago; del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, sobre reconocimiento oficioso de excepciones, y del artículo 32 del Código de Procedimiento Laboral, que establece la oportunidad para proponerlas, a causa de evidentes errores de hecho provenientes de errónea apreciación de varias pruebas y de falta de apreciación de otras.

"Los errores de hecho consisten en:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que la empresa incumplió su obligación de pagar al señor Arango salarios y prestaciones sociales que le debía, a la terminación del contrato de trabajo, y

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa desvirtuó la presunción de mala fe establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cabeza del patrono que no satisface oportunamente los créditos a favor del trabajador.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) Documento de folio 58 que contiene la 'liquidación de contrato de trabajo', y b) Documento de folio 111 v. que contiene certificación del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín. Las pruebas dejadas de apreciar son: documentos de folios 185 y 321 a 355.

"SUSTENTACION DEL CARGO

"Dice el Tribunal a folio 479:

" 'INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO. La establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pero sólo por la demora en la solución de 'salarios y prestaciones sociales' propiamente dichos, lo que significa que no se causa por el retardo en pagar la indemnización por despido injusto ni las vacaciones compensadas, que no son salario ni prestación social. Resulta así que extinguido el contrato de trabajo el actor había recibido por liquidaciones parciales de cesantía, válidamente efectuadas, la suma de $47.020.26 que comprendía el valor definitivo de esta prestación y el de la prima de servicios del último semestre, y legalmente operaba la compensación entre esas obligaciones recíprocas, como lo indicó el patrono en la liquidación final que el actor no aceptó según lo admite en el interrogatorio absuelto. Aparte de esto el patrono consignó en el Juzgado Segundo del Trabajo de Medellín un pequeño excedente, que estimó deber, como lo dispone la norma arriba citada. Por lo tanto no se impondrá la sanción por el retardo.'

"1. Según lo transcrito, en el documento de folio 58 encontró el Tribunal la existencia de una compensación entre lo pagado por exceso de cesantía y lo debido por

prima de servicios. De ahí concluyó que la deuda de $476.27 de la empresa a favor de Arango, no era por salario ni por prestaciones sociales sino por compensación de vacaciones e indemnización. Del mismo documento infirió el Tribunal que la deuda de la empresa en favor de Arango era 'un pequeño excedente'.

"Son apreciaciones equivocadas porque en el documento de folio 58 no aparece que el patrono haya indicado —como lo afirma el Tribunal— su decisión de compensar lo debido por prima de servicios con lo pagado en exceso por cesantía. La afirmación del Tribunal no corresponde ni a lo que dice textualmente el documento ni a una interpretación aproximada, por más libre que sea. En el documento se aplican los $18.021.52 (excedente de cesantía) a cancelar globalmente la adición de las tres partidas (vacaciones, prima e indemnización), sin preferencia ni elección. El Tribunal ha debido apreciar este documento junto con el de folio 111 v. en el cual se dice con toda claridad que los $476.27 fueron consignados por la empresa 'para prestaciones sociales de Reinaldo Arango' Si el documento de folio 58 hubiera suscitado alguna duda, el de folio 111 v. la despeja por completo.

"Por otra parte, el Tribunal no podía declarar oficiosamente una compensación porque no fue propuesta o alegada ni en la contestación de la demanda, según lo ordena el artículo 306 C. P. C. (aplicable a través del 145 C. P. L.), ni en la primera audiencia de tránsito, según lo manda el artículo 32 C. P. L.

"Calificar la deuda confesada por la empresa de 'pequeño excedente' es forma muy particular de apreciar el contenido del documento de folio 58. El saldo a favor de Arango que arroja ese documento es la deuda de la empresa. La deuda confesada. Para los efectos del artículo 65, no importa el tamaño de la deuda sino el hecho de deber y confesarlo. El Tribunal juzgó erradamente que se trataba de un 'pequeño excedente' cuando en realidad lo que el documento arroja es un saldo de $476.27 que la empresa confesó deber, simple y llanamente. No debe perderse de vista que, si la H. Corte casa la sentencia por alguno de los otros conceptos, la deuda por salarios o por prestaciones sociales o por ambas será de varios millares de pesos. Y la H. Corte ha dicho repetidamente que la suma consignada debe estar en proporción con la suma debida.

"2. El documento de folio 111 v. dice que el 16 de agosto de 1973 'consignó o mejor fue traído a este despacho el título número 595.277 por valor de $476.27 consignado por Clute de Colombia S. A. para prestaciones sociales de REINALDO ARANGO'. Al apreciar este documento, el Tribunal pasó por alto dos partes: La parte que dice que la consignación es para prestaciones sociales, como anoté arriba, y la fecha de la consignación. La interpretación correcta del documento es la que se desprende nítidamente de su texto: La suma de $476.27, por prestaciones sociales, fue consignada el 16 de agosto de 1973, con retardo de 616 días en relación con la fecha de terminación del contrato de trabajo.

"3. En la demanda se alegó como hecho básico que la empresa incumplió su obligación de pagar al señor Arango salarios y prestaciones sociales que le debía, a la terminación del contrato de trabajo. Esto se demostró en el proceso con los documentos referidos en este cargo pero el Tribunal incurrió en el error de hecho de no darlo por demostrado, debido a los defectos de apreciación probatoria anotados arriba. Si el Tribunal hubiera apreciado correctamente esas pruebas, habría encontrado que la empresa no cumplió su obligación de pagar su deuda con el trabajador, a la terminación del contrato de trabajo, como lo ordena el artículo 65 del C. S. del T., y habría tenido que condenarla a pagar la indemnización de que trata esta norma, en lugar de absolverla como hizo."

Y luego de transcribir frases de un fallo de la Corte, continúa así:

"El Tribunal, al examinar los documentos de folios 58 y 111 v. encontró que el tamaño de la deuda es prueba de la buena fe de la empresa, capaz de desvirtuar la presunción legal que pesa en su contra. Es una apreciación equivocada. El tamaño de la suma debida y retenida por prueba —por sí sola— que la empresa esté obrando bajo la creencia errónea pero inculpable de que actúa conforme a derecho. Además, están los descuentos, en especial los D. C.' s.

"5. El documento de folio 185 demuestra que la empresa hacía descuentos al tra-

bajador por el 20% de sus comisiones, descuentos que iban a una reserva a favor del mismo bajo el nombre de D. C.' s. Los documentos de folios 321 a 355 demuestran que al señor Arango se le hicieron descuentos por concepto de D. C's, durante el último año de servicios, que montan a $13. 845.76, suma que no le fue reintegrada a la terminación de su contrato de trabajo. Si el Tribunal hubiera apreciado estos documentos, hubiera concluido que la deuda de la empresa a favor del señor Arango, a la terminación del contrato de trabajo, no era el 'pequeño excedente' de que habla sino la suma total de $14.322.03 ($13.845.76 +$476.27), sin contar lo que resulte del presente recurso de casación.

"Una correcta apreciación de las pruebas mencionadas debió conducir al Tribunal a encontrar que la presunción de mala fe no había sido destruida."

La Sala estudia:

Al terminar el contrato de trabajo, sea cual fuere la causa, el patrono debe hacer el cálculo general de lo que le adeude a su empleado por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones para ponerse en paz y a salvo con él.

Como se trata de una cuenta global, no hay obstáculo para que las partidas que tengan saldo positivo puedan disminuirse con los saldos negativos que arrojen otras por motivos permitidos por la ley, como los anticipos de cesantía hechos en debida forma, vgr., para de esta manera llegar a la cuenta definitiva de lo que el patrono, en su leal saber y entender, confiese adeudarle a su antiguo servidor, con el fin de cancelárselo de modo directo o, en caso de discrepancia, consignárselo judicialmente, como lo ordena el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No se trata pues en esta hipótesis de una compensación dentro del sentido que a esa palabra le da la ley laboral, ni de la excepción de ese nombre, que debe proponerse expresamente para que sea valedera en juicio según lo enseña el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía a los litigios del trabajo conforme al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, sino del sistema acostumbrado por las gentes para hacer la cuenta global de lo que una persona le adeude a otra.

Es entonces un proceso matemático y contable nada más, cuyo resultado puede ser acogido por acreedor y deudor o rechazado por cualquiera de ellos si no le satisface, para que sea un juez u otra autoridad competente, según el caso, quien dirima definitivamente la discrepancia.

Anotado lo anterior, conviene analizar la acusación:

De los documentos que obran a folios 58 y 111 del primer cuaderno, que el cargo tiene como mal apreciados por el Tribunal, resulta que el 16 de diciembre de 1971, poco después de terminar su contrato con Reinaldo Arango, la Empresa hizo el cálculo de lo que le adeudaba a éste por concepto de prestaciones e indemnizaciones, para encontrar un saldo final de $476.27 a favor de Arango, cuenta que, por las razones vistas al iniciar el examen del cargo, no merece los reparos que en él se le formulan. Y que el 16 de agosto de 1973 consignó ese saldo ante el Juez Segundo Laboral de Medellín, mediante la entrega del título de depósito bancario correspondiente. Queda en claro así que la consignación se verificó tiempo después de hecha la cuenta.

De los documentos de folios 185 y 321 a 355 del mismo cuaderno, analizados ya en detalle al estudiar el primer cargo y que ahora cita el recurrente como pruebas dejadas de apreciar por el sentenciador ad quem, resulta que la empresa le hizo descuentos no autorizados ni legítimos del monto de sus comisiones al trabajador Arango.

En estas circunstancias, resulta de bulto el primero de los errores de hecho que el recurrente le atribuye al fallador y, por ende, que a primera vista no es acertada la calificación que le da a la conducta de la empresa respecto de su antiguo servidor.

Ha de concluirse entonces que por este medio el Tribunal infringió indirectamente lo preceptuado por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo sostiene el cargo, que en consecuencia prospera, lo que hace innecesario estudiar la sexta acusación, subsidiaria de la presente, que llevará a casar el fallo atacado en el aspecto que abarca.

La infirmación de la providencia recurrida, tal como fue anunciada al concluir el estudio de los cargos que resultaron procedentes, impone hacer estas consideraciones de instancia:

a) El Tribunal halló, en punto que no fue impugnado en casación, que Reinaldo Arango trabajó al servicio de "Empresas Clute de Colombia S. A." y de su antecesora como patrono "Collier's International" desde el 2 de abril de 1965 hasta el 7 de diciembre de 1971, cuando fue despedido sin justa causa.

b) En cuanto al salario del actor, el Tribunal encontró que era variable, por tratarse de comisiones, y que en el último año de servicios llegó a $76.808.48, lo que da un promedio mensual de $6.400.70, y en el último mes de labores alcanzó a $11.170.10. Esta apreciación fue impugnada por el demandante, quien, según quedó visto al estudiar el cargo primero, logró convencer de que la empresa le hacía descuentos indebidos a sus comisiones, según consta en autos, descuentos que han de acumularse a los guarismos del Tribunal para encontrar el salario verdadero de Arango en los aludidos lapsos.

En efecto, de los documentos que obran de folios 321 a 355 del cuaderno primero y conforme al criterio expuesto al principio de esta providencia, aparece que Clute de Colombia le hizo a Reinaldo Arango descuentos indebidos del monto de sus comisiones. Pero cabe observar que de los rubros de descuento especificados en cada planilla, sólo resultan efectivamente deducidos de la respectiva comisión mensual los llamados D.C's, pues, de otra suerte, en repetidas mensualidades, como la de julio de 1971 (fls. 336 y 337 C. 1º) v. gr., el monto de las deducciones hubiera superado con creces el de la comisión devengada, hasta arrojar un saldo a cargo de Arango en cuantía superior más de tres veces al de las comisiones.

Los descuentos por "D.C's' aparecen así en tales documentos: 1º) diciembre de 1970 $642.80; 2º) enero de 1971 $2.962.01 (neto); 3º) marzo de 1971 $807.20; 4º) abril de 1971 $1.347.79; 5º) mayo de 1971 $1.629. 30; 6º) junio de 1971 $1.210.10; 7º) julio $1.290.50; 8º) septiembre de 1971 $1.450. 76; 9º) octubre de 1971 $ 1.393.20; 10º) noviembre de 1971 $651.30. Esas cifras da un total de $13.384.96, que debe añadirse a los $76.808.48, determinados por el Tribunal, lo que da un valor de $90.193.44 para las comisiones reales de Arango en su última anualidad laboral y un promedio mensual de $7.516.12 como remuneración suya. Asimismo, el salario del último mes de trabajo es de $11.170.10, que da el fallo recurrido, más el descuento de esa oportunidad por $651.30, o sea de $11.821.40.

c) Sobre las bases anteriores procede analizar ya las súplicas del libelo comprendidas dentro del alcance del recurso de casación que expresó el demandante:

1º) Comisiones retenidas:

Según quedó visto en el ordinal anterior, valen $13.384.96 que deberá pagar la empresa demandada;

2º) Compensación monetaria de vacaciones:

Según el Tribunal, en punto que no fue impugnado, Arango sólo dejó de disfrutar en tiempo las vacaciones del lapso comprendido entre el 26 de mayo y el 6 de diciembre de 1971, o sea de 6 meses y 10 días. La compensación proporcional a ese lapso, con base en el salario promedio de $7.516.12, vale $ 1.983.42. Como, según el documento del folio 58, primer cuaderno, la empresa le pagó por este concepto $ 1. 697.96, queda un saldo a favor de Arango de $285.46.

3º) Prima de servicios: No se discute en el recurso que sólo se le debe al actor la de su último semestre de servicios. Y como, de acuerdo con los datos que surgen de los documentos que obran de folios 321 a 355 del cuaderno primero, su remuneración promedio de tal semestre fue de $8.093.34, la prima vale $3.372.23, pero debe dejarse en $ 3.372.20, que es lo impetrado por el recurrente. Como, según el mismo documento, la empresa le pagó por prima $ 1. 548.85, queda en su favor la suma de $1. 823.35.

4º) Cesantía: Como el actor sirvió del 2 de abril de 1965 al 7 de diciembre de 1971, según lo esclareció el Tribunal. Y como el salario promedio de la última anualidad resultó ser de $7.516.12 mensuales, la cesantía asciende a $50.211.86. Pero como el Tribunal halló que Empresas Clute le hizo anticipos de cesantía a Arango por $47.020. 26 sin que esto mereciera reparo suyo en

casación, al confrontar estos dos guarismos, resulta un saldo a favor del empleado de $3.191.60.

5º) **Indemnización por el despido injusto:** Es hecho no discutido en casación que Arango fue despedido sin justa causa por Clute de Colombia, según lo dijo el Tribunal. Entonces, de acuerdo con su tiempo de servicios de 6 años, 8 meses y 5 días y su salario promedio de $ 7.516.12 por mes, la indemnización llega a $39.378.01. Pero como la condena del Tribunal fue de $59.020. 64, debe mantenerse así, pues no fue materia de impugnación ante la Sala por quien tuviere interés jurídico para buscar una rebaja de su cuantía.

6º) Indemnización moratoria: Si se recuerda que el contrato de trabajo entre las partes feneció el 7 de diciembre de 1971, que el 16 del mismo mes Clute de Colombia hizo el cálculo de lo que confesaba deberle a Arango por prestaciones e indemnizaciones y halló que le adeudaba, en su sentir, $476.27, pero que sólo hasta el 16 de agosto de 1973 vino a consignarle judicialmente dicha suma (fl. 111 v. Cdno. 1º) y si a esto se añade que tampoco le pagó a cabalidad al trabajador el monto de sus comisiones, por causa de los descuentos indebidos analizados atrás, fácil resulta concluir que procede contra ella la indemnización moratoria establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Esa mora se prolonga desde el 8 de diciembre de 1971 hasta el 15 de agosto de 1973, o sea por un año, ocho meses y siete días, que sobre la base del último salario de Arango de $11.821.40 por mes y de $394. 05 al día, lleva el monto de la indemnización moratoria a la cantidad de $239.186.35, que deberá pagar la demandada.

Conforme a lo descrito, habrá de modificarse el fallo de la primera instancia en cuanto a las súplicas que se dejan específicamente examinadas.

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 PARCIALMENTE el fallo recurrido en cuanto a lo que decidió sobre las súplicas de reajuste de cesantía, prima de servicios, compensación monetaria de vacaciones e indemnizaciones por despido injusto y moratoria. En su lugar, reforma el de la primera instancia en lo que atañe a dichas súplicas de la demanda, de acuerdo con las siguientes provisiones:

1º) Condénase a las "Empresas Clute de Colombia S. A.' a pagarle al señor Reinaldo Arango Fernández las siguientes cantidades de dinero:

a) Trece mil trescientos ochenta y cuatro pesos noventa y seis centavos ($ 13.384. 96) por concepto de comisiones insolutas;

b) Doscientos ochenta y cinco pesos con cuarenta y seis centavos ($285.46) por concepto de reajuste de compensación monetaria de vacaciones;

c) Mil ochocientos veintitrés pesos con treinta y cinco centavos ($1.823.35) por concepto de reajuste de prima de servicios;

d) Tres mil ciento noventa y un pesos con sesenta centavos ($3.191.60) por concepto de reajuste de cesantía;

e) Cincuenta y nueve mil veinte pesos con sesenta y cuatro centavos ($59.020.64) por concepto de indemnización por la ruptura injusta de su contrato de trabajo;

f) Doscientos treinta y nueve mil ciento ochenta y seis pesos con treinta y cinco centavos ($239.186.35) por concepto de indemnización moratoria.

2º) El 80% de las costas de la primera instancia y la mitad de las del segundo grado deberá pagarles la parte demandada.

NO SE CASA en lo demás el fallo acusado.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Hernández Sáenz, Jerónimo Argáez Castello Enrique Arrázola Arrázola (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PENSION DE JUBILACION CUANDO HA PRESTADO SERVICIOS EL TRABAJADOR DURANTE VEINTE AÑOS O MAS BAJO TEMPERATURAS ANORMALES, SIN CONSIDERACION A LA EDAD DEL OPERARIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero nueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 5).

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, Mario de Jesús Urán, mayor y de esa vencindad, demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada "Siderúrgica de Meddellín S. A.", para que, en cumplimiento de los trámites previstos para el juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenase a reconocerle y pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, por haberle prestado servicios durante más de 20 años en las circunstancias contempladas en el artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, bajo temperaturas anormales, y sin que se tome en cuenta la edad que actualmente pueda tener. Se desprende de la demanda, que en la fecha de su presentación, aún estaba vinculado a la empresa.

La Siderúrgica descorrió el traslado formulando oposición a las pretensiones del actor. Afirmó que el trabajador había ingresado a la Empresa el 15 de marzo de 1951 y negó que siempre hubiese laborado bajo temperaturas anormales, pues desempeñó diferentes oficios, muchos de los cuales eran ejecutados a la temperatura del medio ambiente. Agregó que del tiempo de servicio transcurrido debían descontarse ciento siete días de huelga y los lapsos en que estuvo incapacitado. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad de las acciones y derechos invocados, inexistencia de la obligación, pago y carencia de acción.

Tramitada la litis, el Juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de diez de junio de mil novecientos setenta y cinco, absolviendo a la entidad demandada de todos los cargos y absteniéndose de hacer condenación en costas.

Apelada esa providencia por el procurador judicial del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la revocó y, en su lugar, condenó a la empresa a pagar a Mario de Jesús Urán una pensión de jubilación "equivalente a un 75% del salario que se halle devengando a la fecha de su desvinculación de la misma", y declaró sin lugar a costas.

Contra la sentencia anterior, proferida el seis de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, ha interpuesto recurso de casación la parte demandada. Y como le fue concedido por el Tribunal y ha sido admitido por la Corte, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de réplica.

El recurso

Pretende la casación total de la sentencia impugnada, para que la Corte, en la sede subsiguiente, confirme la de primer grado "y provea sobre costas como es de rigor".

A tal efecto, con invocación de la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, formula el siguiente cargo único.

El cargo

Acusa el fallo impugnado de violar indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 270 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 260 y 269

ibídem, como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador al dar por demostrado sin estarlo, que el actor trabajó a temperaturas anormales, por más de 20 años, al servicio de "Siderúrgica de Medellín S. A.". Tal error provino de la equivocada apreciación del acta de la inspección judicial (fls. 43 a 45 vto.); de los documentos de folios 48 a 61 y 73 a 116; de la historia clínica de folios 26 a 30; del dictamen pericial del ingeniero Benicio Uribe, producido dentro de la inspección judicial; del dictamen médico de folios 65 y 66 ampliado a folio 64; y de los testimonios rendidos por Carlos Arturo Rueda Durango, Julio César Mejía López (fls. 23 y 23 vto.) y Roberto Fernández García (fls. 33 a 36).

En la sustentación del ataque, el impugnante expone:

"En efecto, según el acta de aquella inspección el laminador de 10 pulgadas —en cuyo púlpito no se discute que fue operador el demandante— no existía en el momento en que ella se verificó por haber sido desmantelado con anterioridad. Por manera que el estudio realizado por la oficina de Salud Ocupacional del I.C.S.S., de que dan cuenta los documentos de folios 48 a 61 y de folios 73 a 116, o no pudo referirse a esa labor específica en los controles de dicho laminador —porque en el primer semestre de 1972 tampoco existía— o la aludió al mencionar el trabajo en la plataforma de mando de la planta de laminación, para asignarle un 'indice de stress por calor' (I.S.C.) de 31, absolutamente normal (folio 110).

"De aquí resulta gravemente equivocada la afirmación del ad quem de que el trabajo realizado por el actor, como operario del púlpito del laminador de 10 pulgadas, fue efectuado a temperaturas anormales. Abierta ya la posibilidad de examinar pruebas no calificadas, tal afirmación aparece con error aún más grave si se toma nota de que el dictamen del ingeniero Uribe señala que en los controles de un laminador los operarios no tienen que hacer ningún esfuerzo, y de que el del médico Eduardo Escobar determina que cuando el trabajo en esos controles no requiere esfuerzo muscular resulta realizado a temperaturas normales.

"De otro lado, el declarante Rueda Durango da cuenta de que al actor lo pasaron a operador del púlpito de los laminadores en 1969, lo que coincide con el dicho de Fernández García acerca de que ha estado en el control del laminador de 10 pulgadas más o menos dos años y en el de 16 pulgadas, más o menos tres, contados ellos desde la fecha de su testimonio hacia atrás.

"Así las cosas, se patentiza que el demandante —aún haciendo caso omiso de los 56 días de huelga en 1966, de que habla el testigo Mejía, y de los dos años de trabajo en el patio de varillas, que se habría realizado a temperatura normal, mencionados por el testigo Fernández García— en modo alguno ha podido completar más de 18 años de servicio a temperaturas anormales.

"Por último, es obvio que con menos de veinte años de servicios a temperaturas anormales, también se pueden producir trastornos de salud como los que registra la historia clínica atrás singularizada, propio de las labores ejecutadas en esas circunstancias.

"Por lo demás, la situación fáctica del juicio que trae el ad quem en apoyo de su decisión es diferente a la del sub lite, por donde tal apoyo se ostenta nítidamente inadecuado".

El opositor sostiene que el ad quem dedujo que el trabajador había prestado servicios durante más de veinte años a temperaturas anormales de pruebas distintas de las reseñadas en el cargo; que dichas pruebas fueron correctamente apreciadas y que, por tanto, no incurrió en el error de hecho que se le imputa. En respaldo de sus aseveraciones, reproduce gran parte de la motivación de la sentencia acusada.

La Sala considera

De los medios probatorios singularizados por el recurrente y cuya equivocada estimación aduce como causa del error de hecho que atribuye al fallo, solamente ostenta la calidad de prueba calificada, conforme a las prescripciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, la inspección judicial de folios 43 a 45 vto. y el documento auténtico de folios 26 a 30, mediante el cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales da respuesta a los exhortos del Juzgado, nú-

meros 200 y 201 de 29 de abril de 1973. No son documentos auténticos los que forman los folios 48 a 61 y 73 a 116, por constituir simples copias, carentes de firma, que, además, no satisfacem las exigencias de que tratan los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Los dictámenes periciales, aún cuando fueron producidos dentro de la diligencia de inspección judicial, conservan su carácter de prueba independiente, distinta y separada de aquélla, como reiteradamente lo tiene explicado la Corte. De consiguiente, cualesquiera que hayan sido las circunstancias que rodeen su producción, quedan por fuera de las contempladas en el mencionado artículo 7º de la Ley 16 de 1969 como causantes del error de hecho que puede ser motivo de casación laboral.

Sentado lo anterior, habrá de examinarse previamente si proviene algún error de las pruebas consideradas por la ley como idóneas para generarlo, pues sólo así resulta posible el análisis de las otras probanzas, según lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala.

En la diligencia de inspección judicial el Juzgado hizo la siguiente observación, a manera de constancia, en relación con el "púlpito" del laminador de 10 pulgadas: "El Juzgado aclara que no se tomó la temperatura en este punto, porque no estaba funcionando dicho laminador, pues ya había sido desmantelado". El fallo acusado no contiene ninguna conclusión, derivada de esa prueba, que contraríe en lo más mínimo la referida observación. De ahí que no haya podido darse la equivocada estimación que de ella se afirma, en lo tocante con este aspecto. El impugnador se limita a aseverar la errónea apreciación de esa prueba, pero no la demuestra. Su inclusión en el ataque parece obedecer a la necesidad de superar el escollo que para la acusación encontró en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, estimando que al vincularla a otras no comprendidas en ese ordenamiento y que constituían el verdadero soporte de la decisión, quedaba salvada la barrera y expedido el camino para que la Corte pudiera examinarlas. Sin embargo, tal propósito no logra obtenerse, pues se ve, a las claras, que las pruebas sobre las cuales se hace recaer la mala estimación son las últimas y no la primera. Así fluye, sin lugar a dudas, del siguiente aparte de la sustentación del cargo:

"En efecto, según el acta de aquella inspección el laminador de 10 pulgadas —en cuyo púlpito no se discute que fue operador el demandante— no existía en el momento en que ella se verificó por haber sido desmantelado con anterioridad. Por manera que el estudio realizado por la oficina de Salud Ocupacional del I.C.S.S., de que dan cuenta los documentos de folios 48 a 61 y de folios 73 a 116, o no pudo referirse a esa labor específica en los controles de dicho laminador —porque en el primer semestre de 1972 tampoco existía— o la aludió al mencionar el trabajo en la plataforma de mando de la planta de laminación, para asignarle un 'indice de stress por calor' (I.S.C.) de 31, absolutamente normal (folio 110)".

Según lo anterior, la prueba de la cual resulta predicada la errónea apreciación es "el estudio realizado por la oficina de Salud Ocupacional del I..S.S.", que no es prueba calificada como se dejó anotado, y no la inspección judicial.

Tampoco fue objeto de equivocada estimación el documento de folios 26 a 30, en cuanto al resumen que él contiene de la Historia Clínica del trabajador. A esta Historia Clínica se refirió el Tribunal para hacer notar que los síntomas que en ella se observan, reflejan "la repercusión de las difíciles condiciones de trabajo en el físico del operario", pero no dedujo de allí, y menos por la razón apuntada, que el demandante hubiese trabajado en esas condiciones difíciles o a temperaturas anormales durante más de 20 años, que es en lo que se pretende hacer consistir la incorrecta apreciación aseverada. El impugnante no desconoce que la Historia Clínica da cuenta de esos síntomas, sino que simplemente hace la salvedad de que ellos también se presentan cuando se ha laborado menos de 20 años a temperaturas elevadas. Así lo revela la parte de la demanda dedicada al examen de esta prueba en la cual se lee:

"Por último, es obvio que con menos de veinte años de servicios a temperaturas anormales, también se pueden producir trastornos de salud como los que registra la historia clínica atrás singularizada, propios de las labores ejecutadas en esas circunstancias".

Es ésta, por lo demás, una cuestión sin incidencia en el resultado del litigio, pues lo que interesa es que se haya trabajado durante veinte años a temperaturas anormales, sin que sea necesario demostrar los efectos que ese hecho hubiera producido en la salud del trabajador, ya que las normas que consagran la pensión de jubilación en estos casos, sin consideración a la edad, se fundan en la mera posibilidad de que la salud del operario pueda resultar afectada, pero no exigen comprobaciones de ninguna clase a este respecto.

Como queda visto, las pruebas examinadas fueron correctamente apreciadas y no surge de ellas error alguno. No puede la Corte, por tanto, penetrar en el estudio de las restantes, ya que, como se advirtió al principio, carecen de entidad, por sí solas, para generar un error de hecho en casación.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el seis de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Mario de Jesús Urán contra la empresa "Siderúrgica de Medellín, S.A." "Simesa".

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Guillermo López Guerra (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EL ART. 23 DEL C. SUSTANTIVO DEL TRABAJO, ES UNA DISPOSICION MERAMENTE ENUNCIATIVA Y NO ATRIBUTIVA DE DERECHOS PORQUE APENAS INDICA CUALES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

Referencia: Expediente Nº 5837

(Acta Nº 13).

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante fallo del 28 de septiembre de 1976, dirimió en segunda instancia el proceso laboral adelantado por Julián Acosta Durán contra Acerías Paz del Río S. A. Mantuvo así la decisión integralmente absolutoria para la empresa impartida por el Juez Laboral del Circuito de Duitama.

Para obtener que se infirme la sentencia del Tribunal, se revoque luego la del Juez y se acceda finalmente a sus pretensiones, el señor Acosta interpuso casación. Formula tres cargos en su demanda(fls. 7 a 12 de este cuaderno) que no fueron replicados por la contraparte.

Conviene ahora examinar tales cargos:

Primer cargo

Dice así: "Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de ley sustancial, por infracción indirecta, proveniente de falta de apreciación de determinada prueba, que hizo incurrir al Tribunal en error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos y que lo llevó indirectamente a la violación referida por falta de aplicación.

Disposición sustancial violada

"La disposición sustancial violada fue el artículo 23 del C. S. del T., que establece los elementos necesarios para que haya contrato de trabajo.

Prueba dejada de apreciar

"La prueba dejada de apreciar fue la confesión que hizo la demandada al contestar la demanda (fl. 22 del Cdno. 1º). En esa contestación la demandada confiesa que entre demandante y demandada hubo contrato de trabajo, pues acepta como ciertos los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda. Y, a pesar de ello, el Tribunal absolvió totalmente a la demandada, o sea que declara que entre demandada y demandante no hubo contrato de trabajo."

Se considera

El cargo se limita a indicar como desconocido el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que es una disposición meramente enunciativa y no atributiva de derechos, por que apenas indica cuáles son los elementos esenciales del contrato de trabajo.

No se trata pues de una disposición sustancial la que el recurrente tiene como quebrantada en este cargo que, por esta circunstancia, no permite un análisis de fondo y debe rechazarse.

Segundo cargo

Reza textualmente: "Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de ley sustancial, por infracción indirecta, proveniente

de apreciación errónea de determinadas pruebas, que hizo incurrir al Tribunal en error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos y que lo llevó indirectamente a la violación legal referida, por falta de aplicación.

Disposiciones sustanciales violadas

"Las disposiciones sustanciales violadas por el Tribunal fueron:

"El artículo 143 del C. S. del T., que establece que a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.

"El artículo 249 del C. S. del T., que establece que todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, al terminar el contrato de trabajo.

"El artículo 306 del C. S. del T., que establece la Prima de Servicios que toda empresa permanente esta obligada a pagar a sus trabajadores.

"El artículo 186 del C. S. del T., que establece el derecho a vacaciones remuneradas.

"El artículo 65 del C. S. del T., que establece la indemnización moratoria.

Pruebas erróneamente apreciadas.

"Las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal fueron la siguientes:

"A) La inspección judicial verificada el 16 de abril de 1974 (folios 2 y siguientes del cuaderno 1).

"B) Otra Inspección Judicial verificada el 30 de marzo de 1976 (folios 66 y siguientes del cuaderno 1º).

"Al respecto alego:

"La primera de esas inspecciones judiciales, la del 16 de abril de 1974, declararon los señores Manuel Macana y Gilberto Aguilar (declaraciones que, por consiguiente, hacen parte de esa inspección judicial) y en sus declaraciones dejaron claramente establecido que las labores desarrolladas por el demandante, Julián Acosta Durán, en el Laboratorio Químico de la Empresa, fueron exactamente iguales a las desarrolladas por los señores Rafael Villalba, Roberto Barrero, Hugo Morales, Rafael Prada, Carlos Velásquez y Nevardo Mejía, en cuanto a intensidad, tiempo de trabajo, eficiencia, turnos, (folio 5).

"Y el Tribunal, en su sentencia, considera estas declaraciones como 'sospechosas', por razón de que ellos, con anterioridad, habían hecho el mismo reclamo que hoy hace el demandante Julián Acosta Durán, reclamo que les fue negado.

"Considero que el Tribunal carece de razón suficiente para rechazar esas declaraciones. Por el contrario, me parece que el mismo hecho de que esos testigos hubieran hecho la misma reclamación que hoy hace el demandante, acentúa su credibilidad, puesto que están declarando sobre hechos que les consta personalmente, sobre reclamos a que ellos mismos tienen también derecho, sobre injusticias, que ellos también han sufrido. Todo eso hace sus dichos especialmente creíbles. Por lo tanto, la mencionada inspección judicial fue erróneamente apreciada por el Tribunal y esa errónea apreciación lo hizo incurrir en un error de hecho, que aparece de bulto en los autos y que lo llevó indirectamente a violar las disposiciones atrás citadas, por falta de aplicación.

"En la segunda de esas inspecciones judiciales, la de los folios 66 y siguientes, se aprecia otra errónea apreciación del Tribunal. En efecto:

"En dicha inspección se estableció que los señores Rafael Villalba y compañeros atrás citados tienen el Título de 'Técnicos Químicos' y que el demandante solo tiene el de 'Analista General'. Está bien. Eso es cierto. Pero es que no se trata de eso. El artículo 143 del C. S. del T., se refiere al trabajo realizado, no a la categoría del trabajador. Bien puede ser un trabajador de inferior categoría a otro; pero si ambos realizan el mismo trabajo, el salario de ambos debe ser igual. Pongo un ejemplo:

"Si en un Hospital hay cinco enfermeras, cuatro de ellas graduadas y otra no; pero si todas ellas realizan exactamente el mismo trabajo, la no graduada tiene derecho al mismo salario de las otras.

"El Tribunal apreció erróneamente lo relatado en esta inspección judicial y esa errónea apreciación lo hizo incurrir en un error de hecho, que aparece evidente en los autos, y que lo llevó indirectamente a violar, por falta de aplicación, el artículo 143 citado y, consecuencialmente, a violar

las disposiciones sustanciales que he citado en este Capítulo."

La Sala observa

No indica el recurrente en concreto cuáles son los errores de hecho que le atribuye al Tribunal ad quem. Además, busca fundar en parte esas equivocaciones en la mala apreciación de varios testimonios que, a pesar de haber sido rendidos dentro de una inspección judicial, no pierden su naturaleza intrínseca de declaraciones para adquirir la que tiene como prueba dicha inspección ocular. Y como el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 no incluye al testimonio como prueba calificada para fundar en ella la existencia de errores de hecho alegables en casación para impugnar una sentencia, por este aspecto el cargo debe rechazarse.

En lo que atañe a lo que expresa el recurrente sobre la segunda de las inspecciones oculares a que alude, su lectura muestra que se trata de meros conceptos o apreciaciones personales del dicho recurrente que, como simples comentarios suyos que son, carecen de fuerza contra el fallo acusado.

No prospera, por lo tanto, este segundo cargo.

Tercer cargo

Fue formulado así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de ley sustancial, por infracción indirecta, proveniente de falta de apreciación de determinada prueba, que hizo incurrir al Tribunal en error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, y que lo llevó, indirectamente, a la violación legal referida, por falta de aplicación.

Disposición sustancial violada

"La disposición sustancial violada fue el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que dispone, en su inciso 2º que 'si después del mismo tiempo (15 años) el trabajador se retira voluntariamente, tendrá el derecho a la pensión, pero sólo cuando cumpla sesenta años de edad' '.

Prueba dejada de apreciar

La prueba dejada de apreciar por el Tribunal es LA CONFESION expresada por el demandado al contestar la demanda.

En efecto: el hecho 1º de la demanda dice:

"1º Mi poderdante, el señor Julián Acosta Durán, empezó a trabajar, al servicio de 'Acerías Paz del Río S. A.', en Belencito (Nobsa) el 17 de septiembre de 1956, y se retiró voluntariamente el 3 de enero de 1974, habiendo, por tanto, permanecido continuamente en su trabajo durante 17 años, 3 meses y 7 días."

"La demanda contestó ese hecho así:

"AL PRIMERO. Es cierto"

Así las cosas, el derecho de mi poderdante a la pensión es indiscutible.

"La Corte ha dicho varias veces que esta pensión de futuro es legal, pues el derecho a ella ha nacido y solo hay que esperar cierto plazo para su cumplimiento o sea para su pago. (Las mayúsculas y subrayas son del recurrente).

Sobre el tema objeto de la acusación, el Tribunal discurrió así:

"En la petición tercera de la demanda se solicitó que la entidad demandada debía pagar al demandante una pensión vitalicia de $4.000.00 cuando cumpla sesenta años. En relación con esta petición el actor en manera alguna se interesó por demostrar si es realmente la empresa demandada quien debe pagar pensión de jubilación al demandante y si ha adquirido o no el derecho a ella y en qué proporción por consiguiente el señor Juez obró correctamente al absolver a la Empresa por tal concepto toda vez que esa petición no tuvo el mas mínimo respaldo probatorio."

La Sala considera

Con la simple respuesta dada por la empresa al primer hecho de la demanda y aceptar así que el señor Acosta Durán trabajó para ella desde el 17 de septiembre de 1956 hasta el 3 de enero de 1974, o sea, por espacio de 17 años, 3 meses y 7 días (fls. 12 y 22 C. 1º), queda patente el error de hecho que en este cargo se le atribuye al Tribunal, y queda en claro también la infracción del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que el recurrente le imputa, pues de

aquella confesión surge nítida la prueba que echó de menos la providencia recurrida en su pasaje que acaba de transcribirse.

Prospera, en estas circunstancias, el cargo que se analiza y conduce a que deba casarse el fallo del Tribunal en cuanto confirmó la absolución impartida por el Juez a quo en favor de Acerías Paz del Río S. A. respecto de la súplica sobre el pago de pensión especial de jubilación hecha por el demandante Julián Acosta.

Y, para proveer en instancia, la Sala añade a lo ya dicho lo siguiente:

a) Por confesión de la empresa al contestar el hecho 2º de la demanda (fls. 12 y 22 ibídem), se sabe que el último salario del actor fue de $2.800 mensuales;

b) En proporción a su tiempo de servicios respecto del necesario para merecer la pensión plena y con base en su aludido salario, la pensión del actor equivale a $1.813.93 mensuales;

c) Como en el hecho primero de la demanda (fl. 12 ibídem) el señor Acosta Durán confiesa que su retiro fue voluntario, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º, inciso 2º, de la Ley 171 de 1961, la pensión sólo comenzará a deberse desde la fecha en que cumpla sesenta años de edad, circunstancia que será de su cargo demostrar ante la empresa;

d) Como, según queda visto, el demandante ha triunfado en parte de sus aspiraciones, no debe condenársele en costas en las instancias ni en casación. En cambio, la empresa ha de pagar un 20% de las del primer grado.

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 PARCIALMENTE el fallo acusado, en cuanto confirmó la absolución de pagar pensión especial de jubilación impartida a la empresa en la primera instancia, revoca dicha absolución y, en su lugar, condena a Acerías Paz del Río S. A., a pagarle al señor Julián Acosta Durán una pensión especial vitalicia de jubilación de mil ochocientos trece pesos con noventa y tres centavos ($1.813.93) mensuales, desde la fecha en que éste le demuestre haber cumplido los sesenta años de edad. Y, condena, asimismo, a Acerías Paz del Río S. A., a pagar el veinte por ciento (20%) de las costas de la primera instancia.

NO CASA en lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE TRANSACCION

Pensión restringida

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero nueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Acta Nº 4).

La señora Ligia Cárdenas viuda de González en su propio nombre y en su condición de cónyuge supérstite del señor Fernán I. González García y en representación de sus hijos legítimos menores adultos habidos con éste, Jaime, Martha Cecilia, María Isabel, Jorge Alberto y el señor Fernán Ignacio González Cárdenas, procediendo por intermedio de apoderado judicial demandaron ante el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Medellín, a la Sociedad "Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo y Cía. Ltda", con domicilio en Medellín, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"I. Reajuste de cesantías. II. Indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. III. Pensión - Sanción de jubilación. IV. Indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales. V. Costas del proceso.".

Como hechos de su demanda afirmó la parte demandante:

"1º El señor Fernán González García, trabajó al servicio de la Sociedad 'Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo y Cía. Ltda.; desde el 12 de abril de 1955 hasta el 26 de julio de 1972. 2º. En carta de agosto de 1972 (sic) suscrita por el socio administrador de la sociedad demandada, unilateralmente fue desvinculado el señor Fernán González García, como trabajador de la demandada y en la misma carta se le dio empleo en otra empresa diferente y se le dieron algunas garantías. 3º. Entre las garantías ofrecidas estaba la de que si no le satisfacía el nuevo empleo (Decoraciones Luxor), después de probarlo, podía pedir el reingreso a Olarte Vélez. Y efectivamente el señor González en ningún momento estuvo satisfecho con la desvinculación de la sociedad demandada y la vinculación a otra empresa diferente, que en éste caso era 'Decoraciones Luxor', hasta el punto de que, solicitó en repetidas oportunidades el reingreso a Almacenes Olarte Vélez y éste le fue negado. 4º El día 11 de septiembre de 1973 se presentó como de costumbre a trabajar en 'Decoraciones Luxor' y se encontró con el hecho cumplido de que había sido reemplazado por el señor Jorge Ochoa. 5º. El despido de que fue objeto el señor Fernán González García de la empresa demandada, la posterior negativa a la petición de reingreso y la súbita desvinculación o despido de Decoraciones Luxor, transtornaron en forma seria el psiquismo del trabajador, por lo cual hubo de estar recluido en la Clínica Medellín y fue objeto de tratamiento por parte de la Sección de psiquiatría del I.C.S.S. 6º. Posteriormente, a principios de éste año (1974), falleció el trabajador, señor González García, para lo cual contribuyó en forma muy decisiva la conducta asumida por la empresa demandada, la cual se relató antes. 7º. En Almacenes Olarte Vélez Restrepo Jaramillo y Cía. Ltda. Fernán González García, desempeñó el cargo de 'Jefe de Ventas'. 8º El salario devengado en la sociedad demandada fue la suma de siete mil ochocientos pesos ($7.800.00) mensuales. 9º. La liquidación y pago tardío de las prestaciones sociales del señor González fue deficitario por lo cual se le adeudan los reajustes del

caso y la indemnización por mora y por ruptura unilateral del contrato de trabajo. 10º Don Fernán González García había contraído matrimonio por los ritos de la Religión Católica, con la señora Ligia Cárdenas de González y de esa unión nacieron los siguientes hijos: Fernán Ignacio, Jaime, Martha Cecilia, María Isabel y Jorge Alberto González Cárdenas".

La demandada oportunamente por intermedio de apoderado constituido al efecto dio respuesta a la demanda negando algunos de los hechos, aceptando los otros, oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones de prescripción, compensación, pago, transacción e inexistencia de perjuicios.

Finalizada la primera instancia el Juez del conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de 23 de junio de 1975, cuya parte resolutiva dijo:

"1º DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION PERENTORIA DE TRANSACCION, suscrita entre el causante de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas en este juicio y la empresa demandada que consta en documento visto a fls. 32 y 33 y en consecuencia se ABSUELVE a la Sociedad ALMACENES OLARTE VELEZ, RESTREPO JARAMILLO & CIA LTDA., del domicilio y representación conocidos, de todos y cada uno de los cargos que le formula la señora LIGIA CARDENAS DE GONZALES en su propio nombre y en el de sus hijos menores JAIME, MARTHA CECILIA, MARIA ISABEL Y JORGE ALBERTO GONZALEZ CARDENAS, y el señor FERNAN I. GONZALEZ CARDENAS. 2º COSTAS a cargo de los demandantes".

La anterior providencia fue apelada oportunamente por la parte demandante ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la cual fue confirmada en su totalidad, excepto en la condena en costas, en sentencia de 6 de diciembre de 1975.

Los demandantes recurrieron oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la cual fue replicada dentro del término legal.

La parte recurrente como Alcance de la Impugnación, manifestó:

"Se concreta a obtener que, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, case parcialmente la sentencia acusada, en cuanto confirma la de primer grado en lo referente a la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y a la pensión-sanción de jubilación, para que constituida la H. Corte en Tribunal de Instancia, revoque la sentencia recurrida en lo relacionado con las dos peticiones que se acaban de expresar (indemnización por despido y pensión-sanción de jubilación) y en consecuencia condene a la sociedad demandada a pagar a los demandantes y en la proporción establecida por la ley la referida indemnización por despido y la pensión aludida, confirmando en los demás puntos la sentencia impugnada e imponiendo las costas a la parte demandada".

El opositor en relación con lo anterior expresó:

"No podría admitirse, en este caso, que el requisito acerca del alcance de la impugnación ha sido presentado con la claridad y precisión que se requieren dentro de la técnica de casación, puesto que el casacionista no indica expresamente que debe hacerse con el fallo de primer grado, ya que luego de solicitar la casación parcial de la sentencia acusada, pide que la misma providencia sea revocada en lo relacionado con la indemnización por despido y pensión sanción de jubilación, y la jurisprudencia ha dicho, a propósito que el alcance de la impugnación no es una exigencia meramente formal de la cual puede prescindirse, o que pueda obviarse de oficio por la Sala de Casación, sino una de tal naturaleza, tan sustancial, que sin ella la demanda carece de petitum e impide determinar sus resultados".

Respecto del alcance de la impugnación la Sala considera que el recurrente en forma categórica y clara manifestó en qué sentido debía quedar el fallo en el supuesto en que resultare favorable a sus pretensiones.

Formula el apoderado de la parte demandante un solo cargo, así:

Cargo único

"La sentencia impugnada viola indirectamente por aplicación indebida el Decreto Legislativo 2351 de 1965, en sus artículos 5º, 6º, literal h) y 7º, en concordancia con los Arts. 1º, 9º, 13, 14, 15, 55, 56, 58 num. 1º y 59 num. 9º del C. S. del T.; 1502, 1503

y 1504 del C. C., lo cual condujo a la falta de aplicación del artículo 8º del citado Decreto 2351 de 1965, en armonía con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 que lo adoptó como legislación permanente y artículos 259, 260 del Código Sustantivo del Trabajo y Leyes 171 de 1961, artículos 8º, 12, 14 y 33 de 1973, (artículo 1º). La violación de los preceptos sustantivos antes citados se produjo por ostensibles errores de hecho, originados en la errada apreciación de unas pruebas y en 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 señor Fernán González se retiró voluntariamente de la sociedad demandada. 2º. En dar por demostrado, sin estarlo, que el Sr. Fernán González aceptó dejar su antiguo empleo y trasladarse voluntariamente a desempeñar otro empleo en otra sociedad. 3º. En no dar por demostrado, estándolo, que el trabajador nunca manifestó conformidad con la oferta contenida en la carta de fl. 9. La prueba de conformidad exigida en el mismo documento, brilla por su ausencia, no existe. 4º En no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada desvinculó injusta e ilegalmente al Sr. Fernán González, 'al prescindir de sus servicios', como lo dice literalmente el documento de fl. 9. 5º. En no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada para obtener el consentimiento del trabajador —en el supuesto de que hubiera existido—, se valió de falsos halagos y le situó en premeditada desventaja. 6º. En no haber dado por demostrado, estándolo, que, al ponerse el Sr. González al frente de la administración de Decoraciones Luxor, lo está haciendo, no como exteriorización de su voluntad de desvincularse de la demandada, sino en cumplimiento de la obligación de obediencia que consagra el artículo 56 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo, vista la doble condición que tenía el doctor Cipriano Restrepo, de socio administrador de Olarte Vélez y Gerente de Decoraciones Luxor Ltda. 7º. En no dar por demostrado, estándolo, que el psiquismo del trabajador estaba afectado en julio de 1972 y meses siguientes. En no dar por demostrado, estándolo, que la empresa obró de mala fe. Véase si no, el pago tardío de prestaciones, la liquidación a todas luces deficitaria de sus cesantías por lo que respecta a la demandada, despido posterior de Decoraciones Luxor, transacción sobre derechos ciertos, etc. Las pruebas equivocadamente apreciadas por el H. Tribunal son: A) La carta de agosto de 1972 (sic) y por medio de la cual se prescinde de los servicios y que obra al fl. 9. B) El contrato de transacción de fl. 32. C) El documento por medio del cuál se le liquidan al trabajador las prestaciones sociales en Decoraciones Luxor de fl. 47. Las pruebas dejadas de apreciar son: a) Los documentos relacionados con la salud mental del trabajador a saber: Historia Clínica que figura a fls. 69 y ss. certificado de fl. 24, fórmulas médicas de fls. 19 a 22 suscritos estos documentos por el I. C. S. S. y el certificado de fl. 23. b) Carta de julio 27 de 1972, suscrita por el gerente de la demandada (fl. 8) y relacionada con la inspección ocular que obra a fls. 83 a 86 y en la cual se constata la autenticidad de dicha carta. c) Certificado de la Cámara de Comercio relacionado con Decoraciones Luxor Ltda., transcrito en la inspección ocular de fls. 83 a 86, en cuanto prueba que, el doctor Restrepo Jaramillo, era también gerente de Decoraciones Luxor. ch) Acta Nº 4 de julio 23 de 1972, que designa al señor González como administrador de Decoraciones Luxor Ltda. d) La confesión que hace el Gerente de la demandada al responder la pregunta décima octava y siguiente en el sentido o cuándo responde que, la determinación de desvincular de Decoraciones al Sr. Fernán González, la tomó el mismo doctor Cipriano Restrepo J.".

El opositor en relación con el anterior cargo, replicó:

"Errores que, a juicio del casacionista, son consecuencia de la equivocada apreciación de unos documentos y de la falta de estimación de otros. Como mal apreciados cita los que a continuación analizaré con el fin de desvirtuar las consideraciones de la demanda, las cuales, a mi modo de ver, están desprovistas de fundamento. La carta que obra a fl. 9 es la que en agosto de 1972 dirigió el Socio-Administrador de la Sociedad demandada al señor Fernán González, en la cual se le ofrece la posición de administrador de 'Decoraciones Luxor' como una mejora en relación con sus condi-

ciones de trabajo en 'Olarte Vélez', pues estimaron los socios de esta empresa que también lo son de 'Decoraciones Luxor' que el señor González por su eficacia y honestidad era la persona indicada para ese cargo en una empresa cuya prosperidad y buen futuro se esperaban confiadamente. Y resulta importante transcribir, para mayor claridad en el comportamiento de la Sociedad demandada, los siguientes párrafos de ese escrito: Dicen: '..... Al aceptar Ud. el cargo presta un servicio a Luxor y a Olarte Vélez; pero como Ud. tiene claros merecimientos, la última firma, o sea Olarte Vélez, le ofrece que si Ud. acepta esa posición tiene la garantía de que si en cualquier momento, en el transcurso de un año, prefiere volver a Olarte Vélez en las condiciones en que allí venía trabajando, la puerta está abierta y podrá hacerlo con toda tranquilidad.....'. 'Si está de acuerdo con los términos de esta comunicación, le ruego devolverme el duplicado firmado en señal de conformidad'. Como se infiere del contenido de este documento, la Sociedad 'Olarte Vélez' no despidió injusta e ilegalmente al señor Fernán González. Lo que se desprende con toda claridad de esa carta es que se le hizo el ofrecimiento de un traslado que no implicaba para el trabajador desmejora alguna en su condiciones de trabajo en relación con el empleo que desempeñaba en aquella empresa, traslado que González aceptó. Luego esta prueba no ha sido mal apreciada por el Tribunal. El contrato de transacción es otra prueba que el casacionista señala como mal apreciada sin expresar en que consiste la equivocada estimación que de ella hizo el fallador pues se limita a decir que si se hubiera estimado correctamente la resolución hubiera sido en sentido diferente. Sin embargo, de tal documento, firmado el 18 de octubre de 1973, poco después de la terminación del contrato con 'Decoraciones Luxor', no se deduce el despido de González, alegado como fundamento de la demanda de casación. Recoge ese escrito un acuerdo de voluntades respecto de los derechos originados en la ejecución del contrato al servicio de 'Olarte Vélez'. y contiene la declaración de que el retiro de esta empresa fue voluntario. De ahí que no puede sostenerse que el fallador, refiriéndose a ese contrato, hubiera predicado de él cosa distinta de lo que realmente contiene. Y el documento de fl. 47 hace referencia a la liquidación de las prestaciones que 'Decoraciones Luxor' le hizo a Fernán González, el 11 de septiembre de 1973, a la terminación de su contrato. Hecho que no tiene relación con el asunto que se debate y, por lo mismo, carece de incidencia sobre la parte resolutiva de la sentencia que se revisa pues el despido de la segunda empresa es un hecho que afectó la vigencia de un contrato independiente del contrato que rigió con 'Olarte Vélez', el cual fue ejecutado en condiciones diferentes y terminó por mutuo consentimiento. A continuación me permito hacer las observaciones que estimo pertinentes respecto de la prueba que el demandante determina como dejada de apreciar. La Historia Clínica alude a las consultas médicas de Fernán González en el I.C.S.S. a partir del 14 de septiembre de 1973, cuatro días después de la terminación de su contrato con 'Decoraciones Luxor Ltda', antecedente al cual no se refiere el fallador en la motivación de su sentencia, no por una falta de atención en el estudio del proceso, sino porque no era necesario considerar el estado de salud que en esa época presentaba el trabajador como un elemento de juicio de incidencia en la decisión, pues el asunto que se plantea desde la demanda primitiva es el de un despido injusto por parte de 'Olarte Vélez', hecho que según se afirma tuvo lugar el 26 de julio de 1972 y puso fin a un contrato que nada tiene que ver con el que luego celebró Fernán González con 'Decoraciones Luxor' y rigió desde el 1º de agosto de 1972 hasta el 10 de septiembre de 1973. El documento de fl. 24 es un informe del Departamento Médico de los Seguros Sociales-Seccional de Antioquia, solicitado por Fernán González, sobre asistencia a la consulta de psiquiatría de urgencia entre el 14 y el 27 de septimbre de 1973, se supone que para los quebrantos de salud que en esa época sufría González, y el certificado de fl. 23 es una cuenta del médico José Fernando Restrepo por servicios profesionales prestados a Fernán González, no se sabe cuando, pero firmada el 13 de septiembre

de 1972 y dirigida a Olarte Vélez. Cabe en punto a la prueba anteriormente relacionada, consideraciones análogas a las que me he permitido consignar aludiendo a la Historia Clínica. El ad quem no la menciona porque no era necesario hablar de ella, ni analizarla dentro de las razones de la sentencia. Nada tienen que ver con las circunstancias en que el trabajador se desvinculó de 'Olarte Vélez'. La carta de folios 8, suscrita el 27 de julio de 1972 por el Gerente de la Sociedad demandada y dirigida a 'Pavco S. A.' en Bogotá, expresa que por renuncia del Señor Luis Fernando Restrepo, quien venía desempeñando las funciones de administrador de Decoraciones Luxor motivada por una magnífica oportunidad de especialización en el exterior ofrecida por una empresa, ha sido designado para ese empleo el señor Fernán González. Dice así lo pertinente de la carta: .... Conscientes de la importancia del negocio y del brillante futuro que le auguramos, hemos dispuesto en su reemplazo a un antiguo colaborador de Almacenes Olarte Vélez y quien hacía desde hace más de dos décadas de Jefe de Ventas de nuestra organización. Ustedes ampliamente conocen al Sr. Fernán González y creemos en ello verán una prueba más de la confianza que tenemos en las futuras actividades de este negocio...'. De la confrontación de esta carta, —fechada el 27 de julio de 1972—, con la que Olarte Vélez dirigió a González ofreciéndole el empleo, en el mes de agosto siguiente, saca como inferencia el casacionista que la propuesta que se le hizo al trabajador en esa oportunidad ya era un hecho cumplido para el patrono, lo que indica 'que esa supuesta propuesta no era más que una farsa, un simple cumplido de aparente cortesía, ya resuelto y definido ante terceros, con anterioridad y sin esperar la presunta conformidad que se repite, nunca existió'. Podría admitirse que la iniciativa del traslado a que se refieren esos documentos, la tomó el patrono, pero el trabajador dio su asentimiento al aceptar el nuevo empleo y entrar a desempeñarlo como en realidad lo hizo durante más de un año, para lo cual necesariamente tenía que dejar el cargo anterior. Luego, no obstante que la iniciativa la hubiera tomado 'Olarte Vélez; desde el momento en que González la aceptó, las voluntades coincidieron para la terminación de la primera relación y la iniciación de una nueva con diferentes condiciones de trabajo. Todo lo cual quiere decir que el primer contrato terminó por mutuo consentimiento y no por decisión unilateral del patrono como lo afirma equivocadamente la demanda. El fallador no cita ese documento en su providencia, pero, por lo que acabo de expresar, el estudio que de él se haga en forma aislada o relacionándola con las demás pruebas que obran en el proceso, no conduce a una decisión diferente de la que adoptó el Tribunal. Además, de la prueba hasta ahora estudiada no se colige que el cambio fuera desventajoso para González, ni cabe la presunción de hombre de que habla el acusador sobre las intenciones del Dr. Cipriano Restrepo Jaramillo, que indudablemente y contra lo que sugiere la demanda con imaginación un tanto desmesurada, eran las de darle al trabajador la oportunidad de desempeñarse en un cargo que se consideraba de buen futuro para él y para 'Decoraciones Luxor'. El certificado de la Cámara de Comercio, transcrito en el acta de inspección judicial de fls. 83 a 86, contiene la reelección del doctor Cipriano Restrepo Jaramillo como Gerente de 'Decoraciones Luxor', según acta de la Junta de Socios de 28 de febrero de 1972. Tal documento en verdad no aparece citado por el ad quem, pero de esto no puede colegirse una equivocación en la tarea investigativa dentro del campo probatorio. Lo que ocurre es que no era necesario aludir a un hecho desprovisto de importancia dentro de las consideraciones fundamentales de la sentencia. De que el doctor Cipriano Restrepo Jaramillo desempeñara el cargo de Gerente de 'Decoraciones Luxor' cuando Fernán González fue despedido de esta empresa, no se infiere la farsa de que habla la acusación ni tiende en modo alguno a demostrar que el trabajador fue despedido de 'Olarte Vélez'. El contrato con esta Sociedad como ya he tenido ocasión de decirlo y demostrarlo se inició y se mantuvo durante más de un año con el nuevo patrono. El acta Nº 4 de julio 23 de 1972, de la Junta Directiva de 'Decoraciones Luxor', transcrita en la diligencia de inspección judicial se refiere al nombramiento de Fernán González para el cargo de administrador de esta empresa. Y

a propósito de este documento cabe observar que el Tribunal no desconoce ese hecho. Lo que afirma esta Entidad es que González aceptó trasladarse como administrador de la empresa 'Decoraciones Luxor' previa desvinculación de 'Olarte Vélez', y tanto la prueba estimada en la sentencia como la no apreciada, según el casacionista, tiende a demostrar plenamente la verdad de esa afirmación. Alude finalmente la demanda a la confesión que hace el Gerente de la Sociedad demandada al responder la pregunta Décima Octava, en el sentido de que la determinación de desvincular de 'Decoraciones Luxor' a Fernán González la tomó el mismo doctor Cipriano Restrepo Jaramillo. La pregunta y su respuesta son del siguiente tenor: (fl. 93): 'Décimo Octava. Sírvase decir por qué razón el señor Fernán González se desvinculó de Decoraciones Luxor?. Contesto: Nuevamente repito que quien tomó la determinación de desvincular al señor González de Decoraciones Luxor fue el ingeniero Cipriano Restrepo, y debió ser quien justipreció las causales del mismo. Personalmente me consta de que en los últimos meses de su gestión como administrador, la ya dicha sociedad Decoraciones Luxor presentaba una situación caótica en su manejo, debido a la poca atención que el señor González estaba prestando a los menesteres de su oficio'. La respuesta del representante de la parte demandada no implica como lo piensa el impugnador la confesión de un hecho que tienda a favorecer los planteamientos de la casación. Todo lo contrario. De ahí se desprende que el ofrecimiento que se le hizo a Fernán González respecto al cargo de administrador de la empresa 'Decoraciones Luxor' no era un engaño, sino la expresión de un deseo sincero de mejorarlo en sus condiciones de trabajo abriendo la posibilidad de un futuro de mayor prosperidad para él y para la empresa que iba a dirigir. Pero en los últimos meses de su labor puso poca atención y sobrevino, por ello, una situación caótica para la empresa que originó su despido. Así, con esta explicación, resulta sin fundamento el juicio que el memorialista se ha formado acerca de la conducta de los directivos de Olarte Vélez. Finalmente debo observar que el ad quem cita también en la motivación de su providencia la prueba testimonial, la cual no ha sido objeto de ataque específico del casacionista y, por tanto, deben tenerse como demostrados los hechos que el fallo deduce de los testimonios de Luis Fernando Callejas y Guillermo González (fls. 73 y 74)".

Se considera

El recurrente acusa la sentencia por vía indirecta y aplicación indebida del Dto. Legislativo 2351 de 1965, en sus Arts. 5º, 6º, literal h) y 7º en concordancia con los artículos 1º, 9º, 13, 14, 15, 55, 58, numeral 1º y 59 numeral 9º del Código Sustantivo del Trabajo; 1502, 1503 y 1504 del Código Civil; lo cual condujo a la falta de aplicación del artículo 8º del citado Decreto 2351 de 1965, en armonía con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 que lo adoptó como legislación permanente y artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo y Leyes 171 de 1961, artículos 8º, 12, 14 y 33 de 1973, artículo 1º a causa de los errores de hecho, que el impugnador califica de ostensibles, originados de la equivocada apreciación de las pruebas documentales visibles a los folios 9, 32 y 47 del expediente, cuaderno principal y en la falta de apreciación de las documentales que obran en el mismo cuaderno a los folios 69, 24, 19, 22, 8, del certificado de la Cámara de Comercio, referente a "Decoraciones Luxor Ltda", transcrito en la inspección judicial (fl. 82 a 86), y del Acta Nº 4 de julio 23 de 1972, de la mencionada sociedad, transcrita en algunas de sus partes en el citado certificado y de la confesión del representante legal de la sociedad demandada en interrogatorio de parte (folio 89 a 94).

Del folio 9 al 10 del cuaderno principal obra carta de agosto de 1972, decretada como prueba a favor de la parte actora, dirigida por la sociedad demandada al señor Fernán González, cuyo texto es el siguiente: "Medellín, agosto de 1972..... señor Fernán González..... Ciudad..... Muy apreciado Fernán: Le dirijo esta carta en mi carácter de Socio Administrador de Almacenes Olarte Vélez, Restrepo Jaramillo y Compañía Ltda., sociedad para la cual, con gran eficiencia, capacidad y devoción, ha trabajado Ud. durante muchísimos años. Como Ud. sabe, Olarte Vélez, mi esposa, los doctores Juan Gonzalo, Jorge

Humberto Restrepo Londoño y Almacenes La Primavera Ltda., son socios de Decoraciones Luxor, la cual tiene la distribución de tapetes de Pavco, por el momento Tapisol, y, en época cercana, otras variedades. Los socios de Luxor tenemos fe y confiamos en ese negocio y creemos que su futuro es muy bueno. Por lo mismo, deseamos que su administración esté en manos capaces, cuidadosas y honestas como las suyas. Para Olarte Vélez es duro prescindir de sus servicios; pero al mismo tiempo es grato ofrecer a un leal y buen servidor suyo una oportunidad que considere mejor que la que puede brindarle su organización. Por las razones expuestas hemos ofrecido a Ud. la posición de Administrador de Luxor, nombramiento que le hizo la Junta Directiva, dentro de las siguientes condiciones: un sueldo básico de $4.000.00 por mes y el 1% del valor de las ventas totales del negocio, con una garantía mínima mensual de $7.800.00. Al aceptar Ud. el cargo presta un servicio a Luxor y a Olarte Vélez; pero como Ud. tiene claros merecimientos, la última firma o sea Olarte Vélez, le ofrece que si Ud., acepta esa posición tiene la garantía de que si en cualquier momento, en el transcurso de un año, prefiere volver a Olarte Vélez en las condiciones que allí venía trabajando, la puerta está abierta y podrá hacerlo con toda tranquilidad. Para simplificar el procedimiento, en Olarte Vélez se hará la liquidación de sus prestaciones hasta le fecha en que Ud, empezó a trabajar con Luxor, o sea el 1º de este mes y de ahí en adelante su sueldo y prestaciones serán por cuenta de Luxor, mientras Ud. por su propia voluntad y deseo, esté al frente del nuevo puesto. Si está de acuerdo con los términos de esta comunicación, le ruego devolverme el duplicado firmado en señal de conformidad. Una vez más reitero a Ud., a nombre de toda la organización de Olarte Vélez, nuestro profundo reconocimiento por los muy grandes y valiosos servicios que nos prestó. En la confianza de que la nueva posición implicará para Ud. mayores oportunidades en todo campo, lo cual fue el motivo único que hemos tenido para prescindir de sus servicios en Olarte Vélez me repito como siempre, atento amigo (fdo) Letra ilegible".

Del contenido del anterior escrito aparece plenamente demostrado que la Sociedad demandada dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que tenía celebrarlo con el señor Fernán González al prescindir de sus servicios, ya que los motivos expresados en ella para tal determinación no constituyen ninguna de las justas causas contempladas en la ley.

El hecho de que en el mencionado escrito se diga al trabajador que la decisión de prescindir de sus servicios obedece al deseo de ofrecerle mejores oportunidades en reconocimiento de sus eficientes servicios y que si acepta laborar en otra compañía lo manifieste, expresándole que se le garantiza que si desea volver a la empresa tiene un año para hacerlo, contado a paritr de su aceptación, sin mencionar en ninguna forma que pueda continuar laborando en la sociedad demandada, no desvirtúa en manera alguna el hecho evidente, claro, protuberante y ostensible de que el trabajador fue retirado sin justa causa, pues no es legal dar por terminado el contrato unilateralmente sin motivo justificativo contemplado en la ley, resultando configurado el primer error de hecho que el cargo atribuye a la sentencia de segunda instancia y por lo mismo éste prospera con las consecuencias que se determinan a continuación.

Consideraciones de instancia

De folio 32 a 33 del cuaderno principal obra contrato suscrito el 18 de octubre de 1973, entre Fernán González y la Sociedad demandada, decretado como prueba a favor de ésta, el cual tiene la calidad de auténtico, cuyo texto es el siguiente: "CONTRATO DE TRANSACCION. Entre los suscritos, a saber: Cipriano Restrepo Jaramillo y Fernán González García, varones mayores de edad y vecinos del Municipio de Medellín, obrando el primero a nombre y en representación, como Socio-Administrador de 'Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía. Ltda', y el segundo en su propio nombre, se ha celebrado el contrato de transacción cuyos términos se enumeran en seguida: Antecedentes. El señor Fernán González García prestó sus servicios a la referida compañía desde el 12 de abril de 1965, hasta el 31 de julio de 1972,

fecha en que el citado señor González García se retiró voluntariamente del servicio de dicha sociedad. A la fecha de su retiro, Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía. Ltda. le liquidó las prestaciones sociales que le correspondían así: a) Cesantía correspondiente al tiempo laborado..... $ 77.552.30
Menos liquidaciones parciales de cesantía autorizadas por las autoridades del trabajo competentes.. ..... $ 66.779.04
b) Vacaciones..... $ 3.854.86

Total que correspondía al empleado..... $ 14.628.12

Al presentarle al Sr. González García la anterior liquidación, éste manifestó que era mejor no recibir ese dinero y que en consecuencia rogaba se le tuviera en depósito hasta el momento en que él lo reclamara. Manifiesta que a pesar de lo anterior las prestaciones sociales que le correspondían no habían sido consignadas ante los jueces del trabajo, él consideraba que tenía derecho a los salarios por mora desde la fecha de su retiro hasta el presente y además el valor de su cesantía y sus vacaciones. El representante legal de Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía. Ltda. manifiesta que no puede haber salarios por mora, en el presente caso, puesto que el ex-empleado pidió que el valor de todas sus prestaciones se mantuviera en depósito hasta tanto que él fuera reclamado. Después de discutir ampliamente las razones expuestas por cada una de las partes y con el fin de precaver un litigio entre las mismas, han resuelto celebrar este contrato de transacción que consideran de toda validez por no tratarse de derechos ciertos e indiscutibles y cuyos términos se expresan a continuación: Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía. Ltda., paga al Sr. Fernán González García la suma de $ 64.628.12 por todos los conceptos a que se contrae su reclamo y éste declara tener recibidos a su entera satisfacción los cheques Nos. 325702 por $50.000.00, 322703 por $12.182.75 y 325704 por $1.445.36, todos ellos del Banco Industrial Colombiano, Sucursal Junín, girados a su favor. En este momento el Sr. Fernán González García manifiesta que como él debe a Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía. Ltda. la suma de $13.182.76 por concepto de mercancías retiradas y por préstamos que le habían hecho en razón del contrato existente entre las partes, endosa a favor de la referida sociedad el cheque Nº 3257703 por el valor del mismo. En constancia de todo lo expuesto se firma el presente contrato en la ciudad de Medellín, hoy 18 de octubre de 1973, ante testigos. Los contratantes (fdos) Ciprinao Restrepo Jaramillo C. C. Nº 3309446 de Medellín. Fernán González García C. C. Nº 528044 de Medellín. El testigo (fdo) Olga Bedoya Perdomo C. C. Nº 21380647 de Medellín. El testigo (fdo) Luz Helena Gómez Reyes, C. C. Nº 34498348 de Medellín".

En relación con el anterior contrato de transacción la Sala considera que el convenio celebrado entre las partes versó exclusivamente sobre la reclamación de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por la demora en el pago del saldo de cesantía y parte de vacaciones, y no como se afirma en la sentencia objeto del recurso que para saldar posibles derechos que en el futuro pudiera reclamar el extrabajador.

Del certificado visible de folios 79 a 80 del cuaderno principal, expedido por la sociedad demandada, consta que don Fernán González García le prestó sus servicios desde el día 12 de abril de 1955 hasta el 31 julio de 1972, y de la confesión del representante legal de la demandada al dar respuesta al hecho octavo de la demanda que al extrabajador devengó como última remuneración mensual la suma de $ 7. 800.00.

La demandada no probó dentro del proceso el monto de su capital, por lo cual se presume que tiene el necesario para quedar obligada a pagar la pensión que se le cobra.

En cuanto a las fechas de nacimiento y fallecimiento de don Fernán González al folio 13 del expediente obra partida eclesiástica en que se acredita que nació el 6 de septiembre de 1922 y al folio 11 aparece registro notarial de su fallecimiento ocurrido el 18 de febrero de 1974.

De los datos antes mencionados se desprende que el señor Fernán González Gar-

cía cumplió 50 años de edad el día 6 de septiembre de 1972.

Conocido que durante 17 años, 3 meses y 18 días laboró el señor Fernán González en favor de "Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo & Cía Ltda". y que lo hizo hasta el 31 de julio de 1972, habiéndolo la empresa despedido sin justa causa en dicha fecha y que devengó como última remuneración mensual la suma de siete mil ochocientos pesos ($7.800.00), tienen derecho al pago de la pensión de jubilación de que trata el párrafo segundo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a partir del día siguiente del fallecimiento del señor González, o sea del diez y nueve (19) de febrero de mil novecientos setenta y cuatro (1974), en cuantía mensual de cinco mil sesenta pesos con diez y nueve centavos ($5.060.19), su cónyuge señora Ligia Cárdenas de González y a sus hijos menores en tal fecha, Jaime, Martha Cecilia, María Isabel y Jorge Alberto González Cárdenas, de conformidad con la Ley 33 de 1973, artículo 1º y el Decreto Reglamentario 690 de 1974. No habiéndose demandado para la sucesión del señor González no puede pronunciarse la Sala por concepto de el pago de la pensión entre la fecha en que éste cumplió 50 años y la de su fallecimiento e igual situación jurídica ocurre respecto de la petición de la indemnización de perjuicios pues son derechos que correspondieron a ella.

Como el Sr. Fernán Ignacio González Cárdenas era mayor de edad (fl. 14 Cdno. 1), en la fecha en que falleció su padre y no demostró dentro del proceso incapacidad por razón de estudios e invalidez, no se accede a su solicitud de pensión (artículo 1º Decreto Reglamentario 690 de 1964).

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 pronunciada el día seis (6) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en cuanto confirmó la absolución de la demandada por concepto de pensión restringida contenida en el fallo de primera instancia de julio 23 de 1975 y en sede de instancia REVOCA dicha absolución y en su lugar condena a la Sociedad "ALMACENES OLARTE VELEZ, RESTREPO, JARAMILLO & CIA. LTDA.", a pagar la suma mensual de CINCO MIL SESENTA PESOS CON DIEZ Y NUEVE CENTAVOS ($5.060.19) m/cte., por concepto de pensión restringida de jubilación del señor Fernán González García, a la señora Ligia Cárdenas de González en su calidad de cónyuge sobreviviente y a sus hijos menores legítimos Jaime, Martha Cecilia, María Isabel y Jorge Alberto González Cárdenas en la proporción y términos establecidos en la ley.

NO SE CASA EN LO DEMAS.

Sin costas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO PARA DIRIMIR EL DIFERENDO LABORAL SURGIDO ENTRE EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA Y ESA FABRICA

(Laudo Arbitral)

La Corte por providencia de febrero 10 de 1977, ANULA el Laudo proferido el 23 de septiembre de 1976, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y la Fábrica de este mismo nombre

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero diez de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5851).

(Acta Nº 5).

Con esta providencia se decide el recurso interpuesto por ambas partes contra el laudo de veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y seis, proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el diferendo laboral surgido entre el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA Y ESA FABRICA.

Antecedentes

El pliego de peticiones aprobado por la Asamblea del mencionado Sindicato, comenzó a discutirse por las comisiones negociadoras el día 4 de marzo de 1976 y la etapa de arreglo directo terminó el 8 de abril del mismo año, sin que se hubiera llegado a un acuerdo sobre las peticiones, pues la comisión del Departamento de Antioquia, designada por el Gobernador para negociar el pliego, manifestó que en las cuestiones económicas se habían presentado propuestas y contrapropuestas, pero que no habiéndose logrado entendimiento en las cuestiones administrativas donde la comisión consideraba que no era posible ceder respecto a la independencia administrativa del Departamento, era imposible aceptar lo relativo a una sola materia, porque las propuestas fueron hechas con la condición de que hubiera un acuerdo total. Por su parte, la comisión del Sindicato dejó constancia sobre concierto en algunos puntos de contenido económico, sin que las actas hubieran tratado de ellos por lo expuesto en lo dicho por la otra comisión negociadora.

Durante la segunda etapa del conflicto, los conciliadores estuvieron de acuerdo sobre algunos puntos pero las partes no acogieron las formulas, por lo cual el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en Resolución Nº 2565 de 21 de junio de 1976, convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para estudiar y decidir el diferendo laboral.

El Tribunal convocado pronunció el laudo de 23 de septiembre de 1976, por medio

del cual resolvió sobre los puntos contenidos en el pliego de peticiones presentado.

El laudo fue materia de aclaración que se produjo en providencia de 8 de octubre del mismo año. Tanto el representante del Sindicato como el del Departamento interpusieron recurso de homologación contra el laudo mencionado.

El recurso

El apoderado del Departamento de Antioquia hace en primer lugar, un estudio sobre la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores de Antioquia, para lo cual estudia los Decretos 625 de 1968 y 0449 de 1973, ambos provenientes de la Gobernación de Antioquia, por los cuales se organizó el funcionamiento de la Fábrica de Licores, para llegar a la conclusión de que esa dependencia lo es directamente de la Administración o Gobierno Departamental y no constituye un ente descentralizado. El apoderado concluye así:

"Es evidente que la prementada Fábrica es una dependencia directa de la Administración o Gobierno Departamental de Antioquia, sin la autonomía administrativa, patrimonial y jurídica que tipifica a los entes u organismos descentralizados y, en tal virtud, resulta innegable que corresponde al Gobernador ejercer, en relación con ella, las atribuciones que le son propias como representante legal del Departamento y Jefe de la Administración Seccional, de conformidad con la Constitución y la Ley. Por lo mismo, son de su exclusiva competencia todos los aspectos atinentes a la creación, fusión o supresión de empleados en esa Dependencia, la fijación de sus emolumentos, el nombramiento o vinculación, movimiento y desvinculación del personal al servicio de la misma, la celebración de convenciones colectivas de trabajo, dentro de los límites legales que determinan su competencia, con el Sindicato que agrupe a quienes tengan el carácter de trabajadores oficiales en ella, la representación judicial o extrajudicial del Departamento con respecto a los mismos empleados, etc:, como también le competen los demás asuntos concernientes a la dirección y administración que no sean del resorte de la Asamblea Departamental y la representación legal de la referida Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia."

Más adelante el apoderado del Departamento ataca algunas disposiciones del laudo, que considera por sí mismas violatorias de las normas legales. El recurrente acompañó copia auténtica de los decretos mencionados y de otros documentos.

No hubo escrito de oposición al recurso del Departamento ni de sustentación del interpuesto por el Sindicato.

Se considera

El Decreto 625 de 1968 de la Gobernación de Antioquia, por el cual se reorganizan la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas, contiene respecto a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia muchas disposiciones que muestran cómo tal Fábrica es una mera dependencia administrativa del Departamento, sin personería, ni patrimonio, ni autonomía, ni bienes propios.

El Decreto 0449 de 1973 de la misma Gobernación, declara que la Fábrica de Licores de Antioquia está adscrita a la Secretaría de Hacienda y por su conducto al despacho del Gobernador, y las disposiciones de ese decreto concuerdan en todo con esa situación, pues hacen depender del Gobernador los nombramientos de personal, la aprobación de los planes y programas, la creación y supresión de cargos, la aprobación de los presupuestos de gastos e inversión etc.

De lo anterior se deduce que la Fábrica de Licores de Antioquia no tiene personería jurídica, ni autonomía administrativa, ni patrimonio propio, luego no es establecimiento público ni empresa industrial o comercial del Estado, ni sociedad de economía mixta, según las definiciones de los artículos 5º, 6º, y 8º del Decreto 1050 de 1968, sino que constituye una dependencia administrativa directa de la Gobernación de Antioquia.

El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 clasifica los servidores oficiales en empleados públicos y trabajadores oficiales, los primeros con relación legal y reglamentaria y los segundos ligados con la Administración mediante contrato de trabajo. Pero según la norma citada los contratos de trabajo de los servidores oficiales solamente pueden darse en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y co-

merciales del Estado y en las sociedades de economía mixta, o con los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas. En ninguno de los casos indicados se encuentran los servidores de la Fábrica de Licores de Antioquia, luego ellos legalmente no tienen contrato de trabajo con la Administración Pública.

El artículo 1º de la Ley 65 de 1967, dice en lo pertinente:

"De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la vigencia de esta Ley, para los efectos siguientes:

".....

"g) 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 nombramientos y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos;

"h) Fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales."

El ordinal que limita las facultades al ámbito nacional, es el h) donde se refiere a las escalas de remuneración y a las prestaciones sociales. De tal manera que en cuanto a estas dos materias estaba limitado el Presidente de la República por el ámbito nacional, y no podía en cuanto a ellas disponer respecto a lo departamental o municipal.

El criterio para distinguir entre empleados públicos y trabajadores oficiales se apoya en la naturaleza de la función de la entidad y en la del servicio del trabajador. Se parte de la base de que existen entidades que desarrollan actividades puramente estatales, que no pueden ser materia de actividad particular, como la policía, el ejército, la justicia, etc., donde no se concibe una relación contractual laboral, sino que todos los servicios prestados por las personas vinculadas a esas actividades son empleados públicos y tienen una relación legal y reglamentaria, no contractual.

En cambio en aquellas actividades que son susceptibles de ejercitarse también por los particulares, no puede hablarse de una relación puramente estatal o gubernamental, sino de una actividad que admite la relación laboral contractual.

En el artículo 4 del Decreto 2127 de 1945 se estableció como regla general que las relaciones entre la Administración Nacional, Departamental y Municipal y sus servidores no constituían contrato de trabajo, y que solamente resultaba por excepción cuando se trataba 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."

Ese criterio fue modificado por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, donde se estableció que; "Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales: sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos."

En cambio en la Ley 6ª de 1945 se establecieron las prestaciones de los servidores de la Nación, y por razón especialmente de la capacidad económica de las entidades departamentales o municipales, se previó una reglamentación acomodada a la protección de los trabajadores, pero sujeta a la capacidad económica de dichas entidades y con miras a la seguridad social por medio de las cajas de previsión.

Es lógico que como lo ordenó el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, el criterio para determinar la naturaleza jurídica de relación entre las entidades gubernamentales y sus servidores, fuera uniforme para todas en los distintos órdenes, nacional, departamental y municipal. De la misma manera es claro que no podía en materia de

prestaciones sociales, aplicar igual criterio para esas distintas instituciones, por razón de sus posibilidades e independencia fiscal, aparte de la autonomía por razón de la descentralización consagrada en la Carta.

Sería absurdo que un servidor departamental que prestara el mismo servicio que uno nacional, en entidad puramente oficial por su actividad, tuviese una relación distinta, y que pudiera en un caso ser contractual y en el otro legal y reglamentaria.

También sería absurdo que las prestaciones fueran idénticas en entidades que tienen distintas capacidades económicas o financieras.

Dentro de estos criterios obró la reforma de 1968.

El ordinal g) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967, que trata entre otras cosas de las normas para la clasificación de los empleos, no limitó la facultad al orden nacional, como sí lo hizo el ordinal f) de las remuneraciones y de las prestaciones sociales de los servidores nacionales.

Dentro de la reforma existen preceptos que se refieren únicamente a los trabajadores nacionales, como los del régimen de prestaciones, pero el artículo 5º citado, no puede limitarse a los empleos nacionales, sino también cobija a los departamentales o municipales, porque la aplicación de un criterio, el del artículo 5º para lo nacional, y el del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 para los departamentales y municipales, conduciría al absurdo. No puede entenderse cómo los servidores de la administración nacional sean en los establecimientos públicos, empleados públicos, y no lo sean o puedan legalmente no serlo en los establecimientos públicos departamentales o municipales, cuando sus actividades tengan la misma naturaleza aunque en órbita geográfica o nivel político administrativo diferentes.

De lo anterior se concluye que lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 se aplica tanto a los servidores nacionales como a los departamentales, municipales, intendenciales y comisariales, porque obedece a la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores oficiales, y que solamente lo relativo a remuneración y prestaciones, tiene tratamiento distinto según la entidad con la cual se vinculen, sea nacional, departamental, municipal, intendencial o comisarial.

De todo lo anterior se concluye que los servidores de la Fábrica de Licores de Antioquia, aunque pudieron tener la calidad de trabajadores oficiales frente a la legislación de 1945, son dentro de la reforma de 1968, empleados públicos, ya que no puede desconocerse la clasificación legal vigente aunque otra haya sido la situación anterior. De lo expuesto resulta que el Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia no es un sindicato de trabajadores oficiales, sino un sindicato de empleados públicos.

Como el Art. 416 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe que los sindicatos de empleados públicos presenten pliegos de peticiones y celebren convenciones colectivas, el laudo que trate de resolver un conflicto colectivo provocado por pliego de peticiones de empleados públicos y sustitutivo de convención con tales servidores, es violatorio de la ley.

En las circunstancias examinadas, al dictar el Tribunal de Arbitramento un laudo en conflicto provocado por empleados públicos, violó los artículos 416 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no solamente permitió lo que estaba prohibido por la ley, sino que desconoció el derecho del Departamento de Antioquia a que sus empleados públicos no le presentaran pliegos de peticiones, a que no se le obligue a celebrar convenciones colectivas con ellos y a que no se le impongan acto arbitral sustitutivo de las mismas.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, ANULA el laudo proferido el veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y seis, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de An-

tioquia y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ERROR DE HECHO

(Despido injusto)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 5).

Carmen Villaveces Martínez, mayor y vecina de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la entidad denominada "Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt —Colegio Andino—", para que se le condene a pagarle la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, auxilio de cesantía, auxilio de transporte, el valor del aumento de salarios decretado por la Ley 1ª de 1963, la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda la señorita Carmen Villaveces Martínez se vinculó a la Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt en el mes de febrero de 1960, mediante contrato de trabajo como profesora de Religión en el Colegio Andino, trabajando durante 9 años sin solución de continuidad. Los años escolares en dicho Colegio se iniciaron en distintos meses y el correspondiente al período 1968-1969 se inició en el mes de octubre de 1968, debiendo terminar en junio de 1969, período para el cual no se firmó contrato de trabajo. El 18 de octubre de 1968 el Rector del Colegio Andino le manifestó a la señorita Villaveces Martínez que a partir del mes de enero de 1969 las clases de Religión serían dictadas por un profesor alemán, y que buscara trabajo mientras éste llegaba. Ante esta circunstancia la demandante consiguió que se le aumentara el número de horas en el Gimnasio Campestre, donde dictaba clases desde hacía quince años; sin embargo el mismo Rector del Colegio Andino le comunicó en noviembre de 1968 que el profesor alemán no vendría y que ella continuaría dictando las clases de Religión. Ante esta circunstancia y como la señorita Villaveces ya había encontrado trabajo, le informó a la Junta Directiva el número de horas que podía dictar en el Colegio Andino. El despido se produjo el 19 de diciembre de 1968 y por los antecedentes anotados el despido fue ilegal, injusto e intempestivo. La demandada debe a la trabajadora la indemnización por despido, el subsidio de transporte que nunca pagó; el aumento de la Ley 1ª de 1963, que tampoco hizo, y el auxilio de cesantía. El último sueldo devengado fue de $2.000.00 mensuales.

La demanda no fue contestada. En la primera audiencia de trámite el apoderado judicial de la Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt propuso las excepciones de pago, inexistencia de las obligaciones, con fundamento en que las prestaciones sociales de la demandante correspondiente a los años anteriores a 1968 fueron totalmente pagadas y consignado el valor de las que corresponden a 1968 y en que la terminación del contrato se debió a violación de sus obligaciones por parte de la señorita Villaveces.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento que lo fue el Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dictó sentencia el veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las peticiones de la demanda. Apeló el apoderado de Carmen Villaveces Martínez. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en providencia de dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y uno

declaró la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia verificada el diecisiete de abril del mismo año en el Juzgado de primera instancia, por no haberse clausurado la etapa de conciliación.

Repuesta la actuación, el Juez de primer grado profirió su fallo el treinta de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva absolvió a la Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt-Colegio Andino domiciliado en Bogotá, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por Carmen Villaveces Martínez, a quien condenó a pagar las costas del juicio, y cuyo apoderado judicial interpuso el recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió el recurso en fallo de nueve de abril de mil novecientos setenta y seis, que confirmó en todas sus partes el del primer grado.

Recurrió en casación el apoderado de la demandante. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá el recurso extraordinario previo estudio de la respectiva demanda y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el casacionista: "El recurso interpuesto por la parte demandante, persigue la finalidad de que esa Honorable Corporación CASE TOTALMENTE LA SENTENCIA RECURRIDA, que fue la pronunciada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de abril de 1976 que corre a fls. 360 a 367 del cuaderno Nº 1 del expediente.

Que como Tribunal de instancia, una vez producida la casación, revoque y en su lugar, condene a la Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt 'Colegio Andino' a pagarle a la actora doña Carmen Villaveces Martínez, los valores correspondientes a la indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, a la cesantía por todo el tiempo de servicios prestados y con el último sueldo devengado, el subsidio de transporte durante todo el tiempo a que tuvo derecho a percibirlo, al valor de los salarios insolutos originados en el aumento de los mismos, decretado por la Ley 1ª de 1963 y a la indemnización moratoria (salarios caídos) al no habérsele pagado dichas sumas a la actora a la terminación del contrato de trabajo".

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Violación indirecta, por aplicación indebida, a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas, de los artículos 58, 60 y 101 del Código Sustantivo del Trabajo, de los artículos 4º, 6º, 7º, y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968. Además violó como infracción de medio los artículos 258 del Código de Procedimiento Civil y 61 del Código de Procedimiento Laboral. Tales infracciones condujeron al Honorable Tribunal Superior de Bogotá a considerar ajustado a derecho el despido de la actora, según se precisará en el desarrollo del cargo. Los errores de hecho consisten en: Primero. Dar por demostrado, sin estarlo, que la trabajadora incumplió su obligación en los términos estipulados en la convención, al expresarle a la empresa mediante comunicación escrita, que a partir de enero de 1969, no podría dictar el mismo número de horas de clases y bajo el mismo horario que había iniciado en octubre de 1968. Segundo. Dar por demostrado, sin estarlo, que la imposibilidad de la trabajadora para continuar en enero de 1969, con el horario de clases que había iniciado en octubre de 1968, obedeció a la voluntad unilateral e independiente de ella, de la trabajadora actora. Tercero. No haber dado por demostrado, estándolo, que la referida comunicación de la trabajadora a la empresa, sobre la imposibilidad del cumplimiento del horario de clases, reseñado en el hecho anterior, la originó la empresa al colocarla en situación de inestabilidad laboral, al haberle manifestado el deseo del establecimiento demandado de reemplazarla, por un profesor de habla alemán, quien debe-

ría asumir sus fuciones a partir de enero de 1969. Cuarto. No haber dado por demostrado, estándolo, que al momento de despido, la trabajadora estaba dándole cabal cumplimiento al horario de clases que había iniciado desde octubre de 1968, y que la comunicación originaria y determinante del despido, hacía referencia a horarios y número de horas clases para el futuro. Quinto. No haber dado por demostrado, estándolo, que el despido de la trabajadora fue injustificado. Sexto. No haber dado por demostrado, estándolo, que cuando se produjo el despido, faltaban ocho (8) meses para el vencimiento del término del contrato. Las pruebas erróneamente apreciadas son: a) La comunicación de despido (fl. 6 del cuaderno Nº 1 del expediente). b) Documentos del mismo tenor, referentes a la comunicación de la trabajadora a la empresa, sobre las razones que la imposibilitaban para la continuación de las clases de Religión bajo el horario y número de horas que había venido dictando desde octubre de 1968 fls. 7 a 8 y 328 a 329 del cuaderno Nº 11 del expediente".

En la sustentación del cargo dice el impugnador que la carta dirigida por la señorita Villaveces a la Junta Directiva del Colegio Andino fechada el 28 de noviembre de 1968, fls. 7 a 8 y 328 a 329, en la cual manifiesta que a partir del mes de enero no podrá dictar la clase de religión en el mismo número de horas en que la venía dictando desde el mes de octubre debido a que se comprometió con otro Colegio ante la anunciada llegada de un profesor alemán para reemplazarla, no demuestra que cuando se produjo el despido ésta hubiese incumplido el contrato de trabajo y argumenta: "Por lo tanto, si fue por la comunicación, donde se cuestionaba el futuro de las relaciones laborales, como efectivamente fue por lo que se motivó el despido, se estaría en presencia de la invocación de causales futuras, esto es, hechos que no han sucedido en el tiempo, cuando ya han sido sancionados con el despido. Por esto, en la sentencia recurrida se violaron los artículos 58, 60 y 101 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta que la comunicación de la trabajadora, no contiene hechos violatorios del contrato, ni de él se desprende incumplimiento actual de la labor, en los términos estipulados, ni un hecho prohibido para el trabajador de la enseñanza".

Agrega que aun cuando en el documento citado la demandante afirma que no podría seguir cumpliendo el horario de clases que había iniciado desde octubre, también expresa las razones justificativas, consistentes en que fue inducida por la empresa a comprometer algunas horas de trabajo a partir del mes de enero de 1969, razones que fueron desconocidas por el fallador. Remata su argumentación así:

"Tal apreciación del documento, esto es, como prueba del incumplimiento del contrato, por parte de la trabajadora, despreciándolo a la vez en cuanto a prueba de las razones dadas por la actora de no poder cumplir el horario de clases que había iniciado desde octubre de 1968, condujo al Honorable Tribunal Superior de Bogotá a dividir el alcance probatorio del documento indivisible, y violar por lo consiguiente, como infracción de medio el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil y 61 del Código de Procedimiento Laboral. Los errores de hecho en la apreciación de los documentos de fl. 6 y de fls. 7 a 8 y 328 a 329 del cuaderno Nº 1, señalado, en cuanto a que contienen y expresan la justa causa del despido, condujeron al Honorable Tribunal Superior de Bogotá a la violación de los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo. Porque de ellos, no se deduce que la trabajadora hubiera incumplido sus obligaciones o hubiera incurrido en hechos prohibidos a los trabajadores. Por lo tanto, como consecuencia de tal infracción, se quebrantaron los artículos 101 del Código Sustantivo del Trabajo, 4º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, al producirse la absolución para la demandada respecto de la declaración de que el contrato de trabajo entre las partes, fue terminado sin justa causa por parte de la demandada y al absolvérsele, también, de la condena al pago de la correspondiente indemnización, concretada en el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo del contrato para profesores de establecimientos particulares. Sin mediar los errores de hecho en la apreciación de las pruebas reseñadas, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá hubiera declarado que la terminación del contrato de trabajo entre las partes, se produjo por decisión unilateral y sin justa

causa, por parte de la empresa, y por lo tanto, la hubiera condenado al pago de la indemnización correspondiente al despido injustificado".

Para el opositor los hechos afirmados por la demandante en la carta dirigida al Rector del Colegio Andino son distintos y separados, por lo cual, aplicando las reglas de la confesión, es indivisible; cita en su apoyo conceptos de los tratadistas Antonio Rocha y Hernando Devis Echandía. Estima, en consecuencia, que la sentencia recurrida no viola la ley por aplicación indebida.

El Tribunal Superior, por su parte, dijo sobre la terminación del contrato de trabajo:

"Sobre el particular es necesario tener de presente, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al demandante corresponde demostrar el hecho del despido, y su justificación al patrono. En el caso sub judice, se halla plenamente demostrado el hecho del despido, con la carta de fecha Dic. 19 de 1968, dirigida a la demandante por el Presidente de la entidad demandada señor Erwin Kraus (fl. 6), en la cual se le comunica la decisión de terminar el contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1968. Del texto de la carta antes mencionada, se deduce que el motivo que tuvo en cuenta la entidad demandada para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, fue la manifestación hecha por la demandante en su carta de fecha noviembre 28 de 1968, en la cual expresó que a partir de enero de 1969, no podría seguir dictando el mismo número de horas-clase que había tenido a su cargo desde el mes de octubre de 1968". Transcribe pasajes de la carta dirigida por la demandante a la Junta Directiva del Colegio Andino y continúa: "Del texto de la carta que se acaba de transcribir, se deduce que la demandante de manera clara y expresa reconoce que no puede seguir cumpliendo el horario de clases que había iniciado desde octubre de 1968. En otros términos, acepta que no cumple con las obligaciones contractuales, violando de esta manera lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo. En tal virtud, hay que concluir que la determinación tomada por la entidad demandada de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, estaba ajustada a derecho, y por ende, no puede prosperar esta petición. Pero se argumenta que la actitud asumida por la demandante, se debió a que el Rector del Colegio, en donde ella prestaba sus servicios, le manifestó que habían contratado a un profesor alemán, quien la reemplazaría en las clases de religión que había venido dictando desde años atrás, a partir del mes de enero de 1968. Sinembargo, tal afirmación carece de respaldo probatorio, y si ello era cierto, correspondía a la parte actora allegar a los autos las pruebas conducentes y legalmente eficaces para demostrar esa circunstancia, ya que basta afirmar hechos sino que es necesario demostrar su existencia, de acuerdo con el aforismo actori in cumbit probatio. Ahora bien, como en el curso del juicio no se demostró esa circunstancia, deberá absolverse a la entidad demandada de la primera súplica contenida en el libelo de demanda".

Se considera

La carta de 28 de noviembre de 1968 dirigida por Carmen Villaveces Martínez a la Junta Directiva del Colegio Andino (folios 7 y 8 y 328 y 329), dice:

"Como Uds., saben hace nueve años y medio vengo trabajando en este plantel, como profesora de Religión en los cursos de primaria. En el presente año escolar —1968/69— comencé mis clases como de costumbre, con intenciones firmes de cumplir el horario en la misma forma que lo había venido haciendo en años anteriores. No obstante, el viernes 18 de octubre p.p. do tuve una conversación con el Sr. George Schmidl; rector del colegio, quien me llamó para decirme que Uds., tenían el deseo de poner las clases de Religión en Alemán y que tenían ya un profesor, quien vendría para hacerse cargo de mis clases. Por otra parte, supe también que el profesor que debía reemplazarme vendría en enero de 1969. Con base en esta conversación, yo hablé después con el doctor Alfonso Casas, Rector del Gimnasio Campestre, colegio en donde vengo trabajando hace quince años. El doctor Casas al saber que yo tendría más tiempo disponible, me pidió le reservara otras horas para su colegio, a partir

de enero de 1969. A mediados de este mes me llamó nuevamente el Sr. Schmidl para decirme habían resuelto que yo continuara dictando las mismas clases que tengo actualmente. Lamento que el profesor alemán no venga, yo no puedo dictarles el mismo número de horas, puesto que basándome en lo que me había dicho el Sr. Schmidl comprometí unas de estas horas, como lo expliqué anteriormente. Si Uds., desean podría dictarles doce horas semanales a partir de enero, siempre que mi horario quede los días martes, viernes y sábado, por la mañana, hasta las doce y cinco, de ninguna manera podría dictar clase de doce a una de la tarde, pues debo estar en el Gimnasio Campestre a la una y media p. m. Si Uds. quieren que dicte estas horas me hace el favor de notificármelo por escrito, anotando el sueldo que me asignarían y la forma en que serían liquidadas mis prestaciones sociales. Esta carta la dirijo por petición del Sr. Rector, quien en nuestra última conversación me pidió le anotara por escrito las horas que tendría disponibles. Dejo constancia de que esta carta no es una renuncia voluntaria, yo estaba dispuesta a cumplir el horario iniciado como lo he hecho en años anteriores, todo esto fue motivado por lo que me dijo el Sr. Schmidl el 18 de octubre. De Uds. atentamente (fdo) Carmen Villaveces Martínez. Bogotá, noviembre 28 de 1968".

La contestación a la carta anterior fue la manifestación de terminación de contrato por parte del Colegio Andino (fl. 6) y es del siguiente tenor:

"Como en carta de 28 de noviembre de 1968 usted manifestó a esta entidad que a partir del 1º de enero de 1969 no podrá usted dictar el mismo número de horas-clase que ha tenido a su cargo desde octubre de este año, esta Corporación se ve en la necesidad de dar por terminado su contrato de trabajo, a partir del 1º de enero de 1969, pues considera que, de acuerdo con el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, hay violación grave del contrato laboral por parte de usted. Rogamos a usted acercarse a la Secretaría del Colegio para pagar a usted las prestaciones sociales correspondientes".

El Tribunal Superior encontró acreditado el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la señorita Villaveces Martínez, por cuanto ella acepta que no las cumple. Sin embargo, no es lo mismo que la demandante hubiese manifestado que a partir de una fecha futura no podía cumplir lo pactado, o que en realidad se hubiere producido el incumplimiento. Si se analiza detenidamente la comunicación dirigida a la Junta Directiva se observa que en ella se hace una propuesta para modificar la cantidad de trabajo y la jornada de trabajo, con fundamento en algunas razones. Si el patrono no deseaba aceptar la modificación del contrato, ha debido así manifestarlo a la otra parte exigiéndole el cumplimiento del mismo, para no darlo por terminado invocando un incumplimiento de obligaciones que aún no se había producido según lo que se desprende de la propia comunicación comentada. Por este motivo no era indispensable que la demandante acreditara los hechos que invoco para proponer la reforma del contrato, que hasta ese momento se venía ejecutando normalmente, porque no habiendo incumplido, sobraban razones justificativas.

Habiéndose demostrado el error de hecho en que incurrió el fallador de segunda instancia al dar por probado que hubo justa causa por parte de la entidad demandada para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo el cargo prospera y la sentencia se casará en cuanto confirma la absolución de la petición sobre indemnización por despido injusto. La decisión de instancia se tomará de acuerdo con las consideraciones que más adelante se expondrán.

Segundo cargo

"Violación indirecta, por aplicación indebida a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas, de los artículos 1º, 18, 45, 54, 55, 65, 101, 102, 193, 249, 251 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 4º, 17 y 18 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, del artículo 8º del Decreto 1373 de 1966, reglamentario de algunas disposiciones del señalado Decreto 2351 de 1965, lo cual, condujo al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a concluir a que entre las partes, existieron varios contratos de trabajo independientes entre sí,

cuyas terminaciones daban lugar a la liquidación y pago del auxilio de la cesantía, según se precisará en el desarrollo del cargo. Los errores de hecho consisten en: Primero. Dar por demostrado, sin estarlo, que la actora estuvo vinculada a la entidad demandada en virtud de varios contratos de trabajo independientes entre sí. Segundo. Dar por demostrado, sin estarlo, que a partir del primero de febrero de 1960, cada uno de los contratos de trabajo suscrito entre las partes, tuvieron un año de duración. Tercero. Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo entre las partes, iniciado el primero de febrero de 1960, llegó a su fin en virtud de la terminación del año escolar respectivo y que, los siguientes contratos, también llegaron a su fin con la terminación de los respectivos años escolares. Cuarto. Dar por demostrado, sin estarlo, que la liquidación y pago de la cesantía año por año, bajo la vigencia del contrato de trabajo, no necesitaba la autorización expresa del Ministerio del Trabajo. Quinto. No haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo entre las partes, se inició el primero de febrero de 1960 a término fijo de un (1) año en la modalidad del escolar y que de ahí en adelante, se prorrogó automáticamente hasta el período escolar comprendido entre el 1º de octubre de 1968 y junio de 1969. Sexto. No haber dado por demostrado, estándolo, que antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes con antelación de 30 días, avisó por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato. Séptimo. No haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo suscrito por las partes a término fijo de un (1) año, con vigencia a partir del 1º de febrero de 1960, se prorrogó sucesivamente de acuerdo con el correspondiente calendario escolar, hasta junio de 1969, cuando vencía el término de la última prórroga. Octavo. No haber dado por demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo, la empresa demandada no liquidó, ni pagó a la trabajadora el auxilio de cesantía sobre la totalidad del tiempo ininterrumpido de la vigencia del contrato de trabajo, sobre la base del último sueldo devengado. Noveno. No haber dado por demostrado, estándolo, que con las liquidaciones anuales de la cesantía de la trabajadora, la empresa se colocó en abierta rebeldía de la ley y que además, le causó perjuicios en cuanto a que lo liquidado parcialmente por tal concepto, determinó un valor inferior a lo que realmente le correspondía por tal concepto, con el último salario y por la totalidad del tiempo servido. Décimo. No haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa mediante el procedimiento ilegal de liquidación y pago de las cesantías parciales a la trabajadora, obtuvo beneficios económicos, en detrimento de los derechos prestacionales de la trabajadora Once. No haber dado por demostrado, estándolo, que la demandada le debe a la actora la totalidad del valor del auxilio de las cesantías, y la consiguiente indemnización moratoria, al no habérsele pagado a la terminación del contrato de trabajo. Las pruebas erróneamente apreciadas, son: a) La comunicación de despido visible al fl. 6 del cuaderno Nº 1 del expediente. b) El interrogatorio de parte rendido por el representante de la demandada fls. 192 a 195 del cuaderno Nº 1 del expediente. c) La diligencia de inspección judicial de fls. 228 a 242 del cuaderno Nº 1 del expediente. d) Dictamen pericial fls. 240 a 254 del cuaderno Nº 1 del expediente. e) Documentos acompañados como anexos del dictamen pericial del fl. 307 del cuaderno Nº 1. f) Copias fotostáticas de contratos de trabajo, acompañados como anexos del dictamen pericial de fls. 309 a 326".

Se refiere el recurrente a la conclusión del Tribunal Superior sobre que los servicios prestados por la demandante a la demandada fueron regulados por varios contratos de trabajo, y dice que el fallador a través de las pruebas que señala como erróneamente apreciadas, confundió la naturaleza del contrato de trabajo a término fijo con el hecho de la terminación del mismo, o sea que entendió que un contrato a término fijo de un año, o de diez meses para el año escolar, debe terminar irremediablemente al cumplirse el plazo, aun cuando las partes se abstengan de avisar su determinación de no prorrogarlo, mediando la continuación de la prestación de servicios. Considera el impugnador que en ese mismo sentido el ad quem apreció equivocadamente la inspección judicial, el dictamen pericial y sus anexos y el interro-

gatorio de parte, porque si bien es cierto que de los mismos se establece la existencia del contrato, también lo es que no contienen la prueba de la terminación del contrato a término fijo, y demuestran por el contrario la fecha de iniciación de la relación laboral y la prestación de servicios personales hasta enero de 1969, cuando fue despedida. La confusión del ad quem, según el casacionista, lo condujo a olvidar la naturaleza del contrato de trabajo a término fijo en la modalidad escolar, el fenómeno de las prórrogas automáticas, su prueba y demás modalidades, violando así los artículos 45, 54, 55, 101 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º del Decreto 2351 de 1965. Este equivocado entendimiento, continúa el impugnador, condujo al Tribunal Superior a concluir que la entidad demandada no adeudaba a la trabajadora a la terminación del contrato el valor de la cesantía por el tiempo servido y con el último sueldo devengado y a no declarar que la empresa liquidó y pagó el valor de cesantías parciales sin la autorización del Ministerio del Trabajo, quebrantando así los artículos 102, 192, 249, 251 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 17 y 18 del Decreto 2351 de 1965 y 8º del Decreto 1373 de 1966, en cuanto establecen la prohibición de efectuar pago parcial del auxilio de cesantía y señalan las bases de su liquidación. Agrega que al apreciar el dictamen pericial y sus anexos, la diligencia de inspección judicial y la carta que comunica la terminación del contrato de trabajo, el fallador de segunda instancia ignoró el perjuicio económico que en forma ilegal le irrogó la empresa a la trabajadora liquidándole las cesantías parciales y valiéndose para ello de maniobras con apariencia de legalidad, pues hacía aparecer como terminados los contratos que se habían prorrogado y así poder liquidar la cesantía quitándole la posibilidad de aumentar con el transcurso del tiempo y alza de salarios y disponiendo en cualquier momento de la estabilidad laboral incurriendo con esa conducta en mala fe patronal. Por esta razón el ad quem violó los artículos 11, 18 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por último dice el casacionista que "los errores de hecho en que incurrió el Honorable Tribunal Superior de Bogotá al apreciar las pruebas señaladas, lo condujeron a la consideración de que los contratos de trabajo que vincularon a las partes al ser a término fijo de un año en modalidad del año escolar, tuvieron efectivamente un año de duración, olvidando las prórrogas y por ese olvido, apreció que la empresa había cancelado el valor de la cesantía a la trabajadora en la cantidad legal, con la correspondiente absolución a esa demanda y a la de la correspondiente indemnización moratoria", y que sin tales errores, hubiera condenado a la entidad demandada al pago del auxilio de cesantía y de la indemnización moratoria.

Para el opositor los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo son disposiciones de excepción que autoriza a las partes para celebrar los contratos de trabajo por el año escolar o por término menor colocándolos así fuera del régimen legal de los demás contratos, como lo confirma también lo relativo a vacaciones, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 102.

Se considera

El fallador de segunda instancia consideró que no era necesaria la autorización del Ministerio del Trabajo para efectuar los pagos del auxilio de cesantía, "debido a que los contratos que vincularon a la demandante con la entidad demandada, fueron celebrados por el año escolar y por consiguiente, al terminarse cada año se le cancelaba la cesantía, lo cual está ajustado a lo dispuesto por los artículos 101 y 102 del C. S. del T.".

Ahora bien: en los contratos celebrados por las partes se pactó que se celebraban por la duración del año escolar, cuyas fechas de iniciación eran señaladas em los mismos. Así el contrato firmado el 15 de febrero de 1960 se celebró por la duración del año escolar de 1960, con fecha de iniciación 1º de febrero y de terminación noviembre 30 de 1960. Los firmados el 15 de febrero de 1961, 15 de febrero de 1962, marzo 2 de 1963, marzo 10 de 1964 y febrero 27 de 1965, por los respectivos años escolares, con fecha de iniciación el 1º de febrero y terminación el 30 de noviembre de cada año. El contrato firmado el 15 de enero de 1966, por el año escolar de 1966, con fecha de iniciación el 1º de enero y ter-

minación el 15 de septiembre de 1966. El contrato de diciembre 15 de 1966, por el año escolar 1966/1967, con iniciación el 1º de noviembre de 1966 y terminación el 15 de agosto de 1967. El de febrero 5 de 1968, por el año escolar de 1967/1968, con iniciación el 1º de octubre de 1967 y terminación el 31 de julio de 1968. En todos los contratos se dijo que el año escolar era el determinado por el Ministerio de Educación Nacional.

De lo anterior se observa que los contratos fueron celebrados por la duración de los años escolares, acogiéndose las partes a la presunción establecida en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo. Como no aparece de los contratos ni de las otras pruebas señaladas por el recurrente que se hubiese dado el aviso previo exigido por la ley para impedir la prórroga automática de los contratos a término fijo, es procedente determinar la forma cómo terminan los contratos que se celebran por la duración del año escolar, que a juicio del recurrente es la misma de los contratos a término fijo.

Sobre la modalidad del plazo de los contratos por la duración del año escolar se pronunció la Sala Plena de Casación Laboral en sentencia dictada el veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y seis. Dijo así la Corporación: "El artículo 191 del Código Sustantivo del Trabajo determina la vigencia del vínculo con la sola excepción de que se estipule un término menor al del año escolar. De tal manera que si al profesor se le contrata cuando ya está corriendo el año escolar, su vinculación dura hasta la terminación de ese ciclo, de enseñanza y solamente es necesario determinar expresamente la duración del contrato cuando éste no se vaya a mantener por todo el año lectivo. Poro otra parte, la norma está concebida de tal manera que un contrato por término mayor del año escolar, no cae dentro de las regulaciones del artículo V del Título III del Código Sustantivo del Trabajo, donde se indica el derecho a cesantía por el año calendario con base en el trabajo del año escolar y se reglamentan especialmente las vacaciones a que da derecho ese lapso sino que sería un contrato regulado por las normas generales con las consecuencias comunes a todos los contratos de trabajo. Por lo anterior se comprende que el artículo 101 del estatuto mencionado no señala un término fijo como lo hacía la legislación anterior al Dto. 2351 de 1965, cuando para suplir la voluntad de las partes imponía en los contratos laborales en general, duración de seis meses, sino que acomoda la duración del contrato de profesorado a la naturaleza de la labor de enseñanza que se realiza por lapsos llamados años escolares, ya que el servicio profesional se cumple en esos períodos. Dentro del entendimiento expresado, el contrato termina por realización de la labor contratada, según el aparte d) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, sin que sea necesario preaviso alguno". (Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo contra Colegio Franciscano de Pío XII).

De acuerdo con la anterior jurisprudencia cuando se pacta que la duración será por el año escolar, el contrato no se celebra por tiempo determinado o fijo, sino por el tiempo que dura la realización de una labor determinada. En consecuencia a este tipo de contratos no se le aplican las normas reguladoras del contrato a término fijo contenidas en el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, y se extinguen por la realización de la labor contratada, como lo prevé el ordinal d) del artículo 6º del mismo Decreto. Por tanto los contratos del caso en estudio terminaron con el vencimiento del año escolar, cuando finalizó la labor, con excepción del último que terminó por decisión unilateral del patrono, como se vio al estudiar el cargo primero. El auxilio de cesantía, en consecuencia, fue correctamente liquidado y pagado a la terminación de cada uno de los contratos.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Violación indirecta, por aplicación indebida a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas, de los artículos 65, 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo, 4º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, en relación con el artículo 2º de la Ley 15 de 1959, 4º del Decreto 1268 de 1959, reglamentario de la ley anterior; y artículos 1º,

y 7º de la Ley 1ª de 1963, lo que condujo al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a absolver a la empresa demandada del pago del subsidio de transporte, de los salarios insolutos originados en el aumento general de salarios de 1963 y de la indemnización moratoria según se precisará en el desarrollo del cargo. Los errores de hecho consisten en: Primero. Dar por demostrado, sin estarlo, que la actora no tenía derecho al subsidio del transporte, por razones del sueldo y de la distancia entre el lugar de habitación y de trabajo. Segundo. Dar por demostrado, estándolo, que la trabajadora no tenía el carácter de tal, frente a la demandada, el primero de enero de 1963. Tercero. Dar por demostrado, sin estarlo, que la actora no tenía derecho al aumento de sueldos decretados por la Ley 1ª de 1963. Cuarto. No haber dado por demostrado, estándolo, que la actora en un período de su relación laboral, devengó un sueldo inferior a los Mil Quinientos pesos mensuales y que habitaba a una distancia superior a los mil metros del lugar de trabajo. Que empero a lo cual, no recibió subsidio de transporte, ni se le tuvo como factor de salario para ningún efecto. Quinto. No haber dado por demostrado, estándolo, que la actora, el primero de enero de 1963, era trabajadora de la demandada y que por lo tanto, tenía derecho al aumento de salarios retroactivo al 1º de enero de 1963. Sexto. No haber dado por demostrado, estándolo, que la empresa es deudora para con la trabajadora del valor de salarios originados por el subsidio del transporte y por el aumento retroactivo de los mismos por la Ley 1ª de 1963, y del valor de la consiguiente indemnización moratoria. Las pruebas erróneamente apreciadas, son: a) La demanda principal en cuanto contiene confesión fls. 2 a 5 del Cdno. Nº 1. b) El dictamen pericial (fls. 240 a 254 del cuaderno Nº 1). c) Anexos del dictamen pericial de fls. 302 a 305 del cuaderno Nº 1. d) Documentos acompañados como anexos del dictamen pericial de fls. 255, 256, 257, 265, 267, 268, y 269 del cuaderno Nº del expediente. DEMOSTRACION. El ad quem en la sentencia recurrida, en base en el dictamen pericial, aceptó que la demandada no le había pagado suma alguna a la trabajadora, por concepto del subsidio de transporte. Pero que a la vez, mediante la apreciación de la peritación concluyó en que la actora, no tenía derecho a tal prestación, porque a partir del mes ne enero de 1966, percibió un sueldo de un mil setecientos pesos ($1.700.00) M/cte., mensuales y además, por no encontrarse demostrada la distancia entre el sitio de habitación y el lugar del trabajo de la actora. Empero, del mismo dictamen pericial y sus anexos de fls. 302 a 305, se desprende que antes de enero de 1966, la trabajadora devengaba sueldos inferiores a los mil quinientos pesos ($1.500) M/cte., Y con los documentos de fls. 256, 257, 264, 265, 267, 268 y 269 del Cdno. Nº 1, llegados al expediente como anexos del dictamen, aparece establecido que la dirección de la habitación de la trabajadora, es en la calle 71 Nº 10-11 a más de 1.000 mts. del lugar del trabajo, si se tiene en cuenta que, con los documentos referentes a la demanda fls. 2 a 5 del cuaderno Nº 1 y documento de fl. 255, aparece como dirección del lugar del trabajo la carrera 11 Nº 82-51, a más de 11 cuadras de distancia, lo que representa más de mil metros. Por lo consiguiente, el ad quem, se equivocó en la apreciación de la prueba pericial y sus anexos ya que de ellos si se desprenden los elementos determinantes del derecho para la actora, a haber recibido el subsidio del transporte, hasta cuando devengó sueldo mensual inferior a los $1.500.00. Por ese equivocado entendimiento de las pruebas reseñadas, aplicó indebidamente los artículos 2º, de la Ley 15 de 1959 y 4º del Decreto 1259 de 1959 y consiguientemente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por otro lado, expresa la sentencia recurrida, en relación con el aumento general de sueldos operado en 1963, que, tal aumento se hicieron con retroactividad al 1º de enero del mismo año, es decir, que favorecía a los trabajadores que en esta fecha estuvieran prestando sus servicios. Pero 'resultá que en el mes de enero de 1963 la demandante no estaba prestando sus servicios a la entidad demandada por cuanto su contrato terminó el 30 de noviembre de 1962, y por ende, no tenía derecho al aumento decretado por la Ley 1ª de 1963 y su Decreto Reglamentario 236 del mismo año'. Para el ad quem, la relación entre las partes se rigió por varios contratos de trabajo a término fijo de un año, cuando el dictamen

pericial y de sus anexos, se desprende que el servicio fue ininterrumpido, año por año, escolar, sin que en ninguna de las probanzas señaladas como equivocadamente apreciadas por el Honorable Tribunal, contenga la prueba de que entre las partes se avisó el deseo de no prorrogarlo. La errónea apreciación de las pruebas reseñadas, que condujeron al Honorable Tribunal a confundir el plazo del contrato de trabajo, con el hecho de la terminación del mismo, fue lo que a la vez lo condujo a declarar que, para el primero de enero de 1963, la actora no estaba prestándole sus servicios a la entidad demandada. Y, ese el error de hecho en la apreciación de las pruebas individualizadas, como equivocadamente apreciadas, lo condujo a la aplicación indebida del Art. 4º del Dto. 2351 de 1965, en relación con los artículos 1º y 7º de la Ley 1ª de 1963, y a la violación también del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Entonces, los errores de hecho consistentes en la equivocada apreciación de las pruebas indicadas como erróneamente apreciadas, condujeron al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a absolver a la demandada del pago del valor del subsidio del transporte y del aumento de sueldo decretado por la Ley 1ª de 1963, con retroactividad al 1º de enero de 1963 y el valor de la indemnización moratoria correspondiente. Sin los errores de hecho en la inteligencia de las pruebas anotadas, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, hubiera condenado a la entidad demandada al pago de las sumas de dinero, originadas en el subsidio de transporte y en la suma correspondiente al aumento de salarios a partir del 1º de enero de 1963, como a la indemnización moratoria al no habérsele pagado dichas sumas a la terminación del contrato, sin razones legales válidas para ello".

Se considera

En relación con el primer aspecto de la acusación, o sea que el Tribunal Superior no dio por demostrado que la casa de habitación de la demandante estaba situada a más de mil metros de distancia del lugar de trabajo y que tenía derecho, por lo tanto, al subsidio de transporte en razón de esa distancia y del sueldo que devengaba, observa la Sala que en la demanda se afirmó a la señorita Carmen Villaveces se la localizaría en la calle 71 Nº 10-11 de Bogotá, sin que se expresara que era su casa de habitación. En el supuesto de que tal afirmación se entendiera en el sentido que le da el recurrente, o sea que allí habitaba la demandante no podría tomarse como confesión ese hecho para efectos de determinar la distancia al sitio de trabajo, porque la favorece y no produce consecuencias jurídicas adversas para la confesante, Inciso 2º del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

No surgiendo error de hecho en la apreciación de la demanda inicial del juicio no le es dable estudiar a la Corte si dicho error se produjo en apreciación del dictamen pericial, prueba esta última que está excluida de las que según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dan origen al error de hecho en casación laboral. No prospera el cargo en este aspecto de la acusación.

Cuanto a la pretendida violación de la Ley 1ª de 1963 por parte del fallador de segunda instancia al no condenar a la entidad demandada al pago de los aumentos contemplados en dicha ley, encuentra la Sala que el contrato firmado por las partes el 15 de febrero de 1962 terminó el 30 de noviembre del mismo año escolar. Y como el subsiguiente contrato se inició el 1º de febrero de 1963, no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal Superior al concluir que el 1º de enero de 1963 la demandante no se encontraba prestando servicios al Colegio Andino, porque existió solución de continuidad entre ambos contratos. Tampoco prospera el cargo en este punto.

Consideración de instancia

El último contrato celebrado entre las partes, firmado el 5 de febrero de 1963, terminaba el 31 de julio de 1968 (folio 242), por terminar también en esa fecha el respectivo año escolar, como lo afirmaron las partes contratantes. Habiendo sido terminado unilateralmente y sin justa causa por el patrono demandado a partir del 1º de enero de 1969, la indemnización por el despido sin justa causa es igual al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba hasta el 31 de julio de 1969, como lo dispone el inciso 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 para los casos

en que se trata de un contrato por la duración de una labor determinada. Son siete meses de salario, que a razón de $1.950.00 mensuales, sueldo devengado por la demandante, folio 242, da un total de $13. 650.00, suma a cuyo pago se condenará a la entidad demandada, revocando así la absolución que sobre la petición pertinente hizo el fallador de primer grado.

Se impondrán las costas a cargo de la parte demandada en un 30% revocando así la condena que el a quo profirió en este punto contra la parte demandante.

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 nueve de abril de mil novecientos setenta y seis en cuanto confirmó la absolución que hizo el fallador de primer grado de la petición por indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo y en sede de instancia REVOCA dicha absolución y en su lugar CONDENA a la "Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt -Colegio Andino", domiciliado en Bogotá, a pagar a Carmen Villaveces Martínez la suma de TRECE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS ($13.650.00) M/cte., por concepto de indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Costas de la primera instancia en un 30% a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PERIODO DE PRUEBA

Remuneración de los descansos en domingos y festivos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 9).

Mario Alberto Escobar Acevedo, mayor de edad y de esta vecindad, demandó, por intermedio de apoderado, a la sociedad denominada "Gómez Arrubla Limitada", con domicilio en Bogotá, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, fuese condenada a reconocerle y pagarle las cantidades que resulten probadas por concepto de comisiones insolutas, bonificaciones correspondientes a la venta de tres vehículos, descansos dominicales y festivos, reajuste de cesantía, indemnización por despido injusto y por mora y las costas del juicio.

Afirmó en el libelo que había prestado servicios personales a la demandada, mediante contrato escrito de trabajo, como Agente Vendedor de vehículos automotores, desde el 20 de abril de 1971 hasta el 2 de junio del mismo año, fecha en la que fue despedido injustamente. Como remuneración se pactó un salario básico mensual de $1.000.00 y el 5% de comisión sobre las utilidades brutas que se obtuvieran en las ventas; además se estableció como estímulo una bonificación de $350.00 por la venta del primer vehículo; de $550.00 por el segundo y de $750.00 por el tercero. Durante la vigencia del contrato vendió un chasís cabinado D600, un chasís cabinado D300 y un torpedo D300, habiendo recibido la comisión por el último en cuantía de $550.00. Las comisiones correspondientes a los otros dos no le fueron pagadas, a pesar de que cuando fue despedido sólo faltaban operaciones sin importancia para quedar en firme la venta. La comisión del chasís D600 equivale a $2.000.00 y la del D300 $1.300.00. Tampoco le fueron pagadas las bonificaciones ni los descansos en días domingos y festivos.

La demandada aceptó los hechos primero y segundo, relativos al tiempo de servicios y a la remuneración pactada, y negó los restantes, en la forma como aparecen redactados. Afirmó que el despido había sido hecho con fundamento en la cláusula sobre período de prueba; que el actor solamente había vendido un vehículo y se le pagó la comisión correspondiente; y que los otros dos a que alude fueron vendidos por otro vendedor, a quien se le pagaron las comisiones. Se opuso, por tanto, a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y alegó las excepciones de ineptitud de ésta, carencia de causa y cobro de lo no debido.

El Juzgado del conocimiento —que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá— desató la controversia mediante fallo de diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cinco, absolviendo a la empresa de todos los cargos formulados contra ella y condenando a la parte demandante a pagar el 50% de las costas.

Los autos subieron en consulta al Tribunal Superior de Bogotá, entidad que, en sentencia de diecinueve de enero de mil novecientos setenta y seis, confirmó en todas sus partes la del a quo, absteniéndose de hacer condenación en costas por el grado.

Contra la anterior decisión ha interpuesto recurso de casación el procurador judicial del actor. Como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y lo admitió es-

ta Corporación, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a decidir con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor.

El recurso

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en la sede subsiguiente, revoque la proferida por el Juzgado y, en su lugar, despache favorablemente las súplicas del libelo inicial, con imposición de las costas a la demandada.

A tal efecto, con invocación de la causal primera de casación, formula el cargo que en seguida se estudia:

Cargo único

Acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 27, 28, 43, 55, 57, numeral 4º, 64, modificado por el 8º del Decreto 2351 de 1965, 65, 77, 78, 79, 80, 127, 132, 176, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, y el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, estatuto legal que fue adoptado como permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. A esas infracciones llegó el sentenciador por haber incurrido en evidentes errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación de unas pruebas y de la falta de estimación de otras.

Los errores de hecho fueron: "a) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada, a la terminación del contrato de trabajo, quedó adeudando al demandante las comisiones correspondientes a la venta de dos vehículos automotores, o sean los vendidos al señor Angel Emigdio Gutiérrez y a los señores Julio Roberto Caicedo y Aubli Nevardo Molano, por entender que las ventas habían sido hechas por otro vendedor. 2) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada adeuda al demandante las bonificaciones correspondientes a la venta de tres vehículos automotores, así: $350.00 por la del primero, $ 550.00 por la del segundo y $ 750.00 por la del tercero vendidos a los señores Luis Eduardo González, Angel Emigdio Gutiérrez y a Julio Roberto Caicedo y Aubli N. Molano. 3) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada adeuda al demandante el valor de los descansos dominicales y festivos ocurridos durante la vigencia del contrato de trabajo, en base a las comisiones causadas a favor del demandante. 4) No dar por demostrado, estándolo, que la demandada no pagó al demandante la cesantía completa a la terminación del contrato de trabajo, y que le debe el reajuste correspondiente. 5) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante fue despedido en forma unilateral, ilegal e injusta, pues no se invocó motivo alguno válido legalmente, por parte de la sociedad demandada. 6) No dar por demostrado, estándolo, que el demandado no ha pagado al demandante el valor correspondiente a la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo. 7) No dar por demostrado, estándolo, que en forma injustificada y de mala fe, y sin existir motivo razonable que excuse el incumplimiento, el demandado ha estado y continúa estando en mora de pagar al demandante los salarios y prestaciones sociales causados a favor de éste desde la fecha de terminación del contrato de trabajo".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala la demanda y su contestación, el contrato de trabajo, la carta de despido, la liquidación de prestaciones sociales, la inspección judicial y los documentos de folios 114 a 151; y como dejadas de estimar, el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada; los testimonios de Angel Emigdio Gutiérrez, Luis Eugenio Herrera Remolina y Julio Roberto Caicedo, y los documentos de folios 97 a 113. Advierte que incluye la prueba testimonial en la impugnación, "por estar la sentencia también apoyada en ella, aunque implícitamente"; pero que para efectos de la técnica del recurso demostrará primero el error proveniente de prueba calificada para generarlo, según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y conforme lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Sala.

En la demostración del cargo —que divide en capítulos por materia— sostiene, en punto a la terminación del contrato, que la carta de despido fue mal apreciada por cuanto en ella no se invocó como fundamento de la decisión empresarial la cláusula sobre período de prueba, como lo dedujo el ad quem, sino que se prescindió de

los servicios del trabajador "por motivos bien conocidos por usted", lo cual no está contemplado en la ley como causal de justo despido. Y agrega que si el juzgador hubiese tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 7º, parágrafo único, del Decreto 2351 de 1965, habría estimado que el motivo aducido en la referida carta era el único atendible y no otro alegado con posterioridad, y habría condenado a pagar la indemnización reclamada.

En relación con las comisiones insolutas hace una extensa alegación, de la cual se copian los siguientes apartes:

"El H. Tribunal acepta, dada la fuerza de las pruebas, que el actor inició conversaciones sobre la venta de los dos vehículos con los señores Molano y Gutiérrez y no cabe la menor duda de que lo hizo, fundamentándose en los testimonios de los señores Angel Emigdio Gutiérrez, (folios 73 y 74), Luis Eugenio Herrera Remolina y (fls. 79 a 82) y Julio Roberto Caicedo (folio 181).

"Sin embargo el fallador se equivocó cuando dedujo que quien perfeccionó las dos ventas fue otro vendedor, estableciéndose este hecho, según parece, de la inspección judicial y de los documentales que van de folios 114 a 151; y erró al deducir que mediante estas documentales 'se acredita que la cuota inicial de los compradores de estos dos vehículos se consignaron en fechas posteriores al retiro del trabajador'.

"En efecto, en el acta de inspección judicial no aparece en parte alguna, constancia de que quien perfeccionó dichas ventas fue otro vendedor y ni siquiera se insinúa. 'Las documentales que van de folio 114 a 151 solamente se refieren a la negociación realizada con los señores Aubli N. Molano y su compañero Roberto Caicedo (folios 114 a 129) y a la efectuada con el señor Luis Eduardo González (folios 130 a 151), en relación con la cual no se hacen peticiones de comisiones razón por la cual esta última negociación la dejaremos marginada de estas consideraciones'.

"El fallador en forma equivocada, en cambio, no aludió a las documentales que se refieren a la negociación que se realizó con el señor Angel Emigdio Gutiérrez, comprador del chasís cabinado D-300 (folios 97 a 113), negociación que sí debe considerarse en este aparte, y a la que no alude la sentencia del H. Tribunal.

"Afortunadamente el sentenciador ad quem no se refirió a las documentales que en fotocopias o en copia se allegaron con la contestación de la demanda por la sociedad demandada lo que sí hizo el Juez de primera instancia (folios 34 a 46), por carecer de fuerza probatoria ya que no fueron autenticadas, confrontadas con originales, ni las firmas reconocidas por quienes las suscribieron; que, si se examinan detenidamente, por mera curiosidad, se pueden apreciar acomodaciones que denotan mala fe, como sucede con la relación de comisiones sobre ventas realizadas (folio 46) que la demandada pretende atribuir a otro vendedor para evadir las responsabilidades resultantes de este proceso, pero sin fijarse que en tal afán las facturas pertinentes en ella relacionadas no concuerdan con las indicadas en el presunto comprobante de Banco (folio 39) y precisamente la discrepancia acomodaticia se refiere a las facturas de venta de los vehículos a los señores Aubli Nevardo Molano y Angel Emigdio Gutiérrez, cuyos números, además si los comparamos con los que aparecen en las facturas que se allegaron con la diligencia de inspección judicial, que sí son pruebas del proceso (folios 128 y 129, 109 y 110), tampoco coinciden.

"Del estudio de las documentales citadas por el ad quem y referente a la negociación realizada con los señores Aubli Nevardo Molano y Roberto Caicedo, ciertamente se desprende que la cuota inicial fue pagada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo suscrito con el actor (folios 118 a 120), pero este hecho, sucedido el día siguiente del despido y precisamente cuando la negociación ya se iba a realizar, no puede ser considerado jurídicamente como factor determinante para el desconocimiento del pago de la comisión al extrabajador, como se demostrará más adelante.

"El fallador de segunda instancia, para absolver a la sociedad de los pedimentos de comisiones, se fundamentó principalmen-

te en los requisitos enunciados en la cláusulas Décima Cuarta del contrato de trabajo, aunque en forma muy superficial, ya que se contentó con transcribir la cláusula, sin entrar a hacer un estudio más detenido de ella, en relación con el acervo probatorio y las normas que protegen los derechos del trabajador, que de haberlo hecho hubiese llegado a una conclusión diferente y condenado a la demandada al pago de las comisiones generadas en las dos ventas atrás aludidas".

"A ello hay que agregar que en la negociación llevada a cabo con el señor Ángel Emigdio Gutiérrez, fue en el mes de mayo de 1971, mes en el cual el demandante prestaba servicios a la demandada, que se realizaron las operaciones de la contratación del vehículo. Así, en el mes de mayo, y casi todas con fecha 12, tuvieron lugar la obtención de referencias personales, bancarias y comerciales (folio 101); de referencias de fiador (folio 102); la suscripción por la empresa y el comprador de la carta contrato confirmatorio de la negociación celebrada (folio 104 y 105) y del convenio de depósito (folio 106), documentos estos en los cuales aparecen precisados aspectos de la negociación; incluso, el 12 de mayo aparece el comprador dando cuota inicial de $ 10.000.00, representado en un cheque del Banco Popular de Cáqueza, como consta en la carta confirmatoria de la negociación, pues en ella se dice que 'el comprador deja expresa constancia de que antes de serle entregado el vehículo por Gómez Arrubla Ltda., habrá cancelado el saldo total de la cuota inicial' (folios 104 y 105).

"Aún más, teniendo en cuenta esta carta, se deduce que el contrato de compraventa, que inexplicablemente aparece sin fecha de celebración, fue firmado en el mes de mayo y seguramente el día 12 o en fecha anterior, de lo contrario no deberá tenerse en cuenta por falta de data (folios 111 a 113).

"En esta negociación se cumplieron los requisitos que, hasta cierto punto, podrían haber sido realizados por el demandante, contemplados en la cláusula décima cuarta del contrato de trabajo, con exclusión de la entrega del vehículo, la cual se realizó en julio 1º de 1971 (folio 107).

"Cabe anotar, que el comprador del vehículo señor Gutiérrez, acepta la intervención del demandante en la negociación, expresamente, (fl. 73).

"En relación con la negociación realizada con los señores Aubli Nevardo Molano y Julio Roberto Caicedo, aparece probado y así lo reconoce el H. Tribunal, que el actor inició la conversación con los citados señores sobre la venta del vehículo. Por tanto, la labor realizada por el extrabajador fue eficaz y provechosa a los intereses de la demandada. Sin embargo, el ad quem no apreció correctamente los testimonios del señor Luis Eugenio Herrera Remolina, quien afirma haberse beneficiado de la comisión, y del comprador del vehículo señor Julio Roberto Caicedo, que de haberlo hecho la decisión hubiera sido adversa a la parte demandada.

"Los testimonios de Herrera Remolina (fls. 79 a 82) y del señor Caicedo (fl. 181) prueba la intervención del demandante en la negociación del vehículo. El señor Herrera, además, manifiesta haber dado parte de la comisión recibida de la empresa al demandante. Y el señor Caicedo se refiere, incluso, a gastos realizados por el demandante en atenciones efectuadas con él y su compañero Molano.

"No cabe duda de que al suscribirse los primeros documentos de la negociación del vehículo, que tuvo lugar al día siguiente del despido injusto del actor, las bases de la negociación ya estaban dadas, gracias a la labor eficaz del demandante desarrollada antes del despido y que si no hubiere sido por este hecho, el demandante hubiera elaborado o coadyuvado a elaborar los documentos y contratos que aparecen con fecha 13 de junio de 1971."

Respecto de las bonificaciones, expresa:

"Sin citar la fuente, el H. Tribunal acepta que 'Es cierto que en el contrato se pactó una bonificación para los vendedores que realizaran negociación de los tres primeros vehículos'. Sin embargo, alude que el extrabajador no perfeccionó la venta de los dos vehículos ya referidos, que solamente vendió uno durante la vigencia del contrato de trabajo, para concluir que el actor no se hizo acreedor a la bonificación, y manifestar que se deberá absolver a la empresa demandada.

"El juez ad quem no apreció en todo su contenido el interrogatorio de parte del representante de la empresa, ni el testimonio rendido sobre este aspecto por el señor Luis Eugenio Herrera Remolina (fl. 80, parte inicial) y lo hizo erróneamente con la diligencia de inspección judicial (fls. 90 a 93), que de haberlo hecho con criterio jurídico hubiese llegado a una conclusión diferente y condenado a la empresa al pago de las bonificaciones pedidas en el libelo de demanda, o sea por $350.00 por la venta del primer vehículo, $550.00 por la del segundo y $750.00 por la del tercero, cuantías que también se precisan en el temario a responder en la diligencia de inspección judicial.

"Al responder la cuarta pregunta del interrogatorio de parte (fl. 57), el señor gerente de la empresa acepta la existencia de un convenio de tres bonificaciones, aunque en forma evasiva manifiesta desconocer las cuantías.

"Esta confesión releva de la carga de la prueba al actor.

"A esto debe agregarse el hecho de que en la diligencia de inspección judicial se probó que sí pagaban bonificaciones a los vendedores, como sucedió con la pagada al señor Herrera Remolina (fl. 93).

"Del pago de la bonificación al señor Herrera Remolina, también se deduce que no se requería que fuese necesario la venta de tres vehículos del mismo modelo, bastaba la venta de uno solo.

"El testimonio del mismo señor Luis Eugenio Herrera Remolina (fl. 80, parte final) prueba el ofrecimiento de bonificaciones por parte de la empresa, a los agentes vendedores."

Acerca de la remuneración en dominicales y festivos afirma que el sentenciador, al referirse a la cláusula décima séptima del contrato para decir que en el salario básico se incluía el valor de tales descansos y absolver en consecuencia, no entendió la petición de la demanda que fue formulada, no con base en el salario fijo, sino en el variable, que al tenor del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo da lugar a liquidación de descanso por no estar incluido en él su valor. Si hubiese entendido bien esta súplica su decisión hubiera sido diferente, pues los datos pertinentes son fácilmente deducibles de los documentos aportados en la inspección judicial.

A continuación sostiene que también hubo yerro en la apreciación de la liquidación de la cesantía, considerándola correcta, pues solamente se tuvo en cuenta el salario básico pactado, sin incluir las comisiones insolutas, pero ni siquiera la que fue pagada por valor de $545.45. Y finaliza el ataque censurando la determinación del Tribunal de absolver por el extremo de indemnización moratoria por considerar que la empresa nada debía al trabajador, cuando es evidente, según lo afirma, que debe comisiones, reajuste de cesantía, bonificaciones y remuneración por descansos.

El opositor formula varios reparos de cacarácter técnico al cargo, destacando las contradicciones en que incurre. Analiza las pruebas para hacer ver que no fueron equivocadamente apreciadas y que no se incurrió en los errores de hecho que se imputan, para concluir solicitando el mantenimiento del fallo y la condenación en costas para el recurrente.

Para resolver se considera

En el contrato escrito celebrado entre las partes se pactó un período de prueba de dos meses (folios 6 a 9, Cláusula Novena). Conforme a dicha estipulación y con lo prevenido en el artículo 3º del Decreto 617 de 1954, durante ese lapso, cualquiera de las partes podía darlo por terminado, sin previo aviso. Cuando apenas habían transcurrido 43 días, la empresa, por medio de carta de 2 de junio de 1971 (folio 10), comunicó al trabajador que había "decidido prescindir de sus servicios a partir de la fecha, por motivos bien conocidos por Ud."

Al examinar estas pruebas, junto con la demanda inicial y su respuesta, en la que el actor afirma despido injusto y la empresa el uso legítimo de la aludida cláusula contractual, respectivamente, el Tribunal concluyó que ésta había obrado en forma ajustada a la ley al ponerle fin al contrato durante el período de prueba.

La anterior deducción no ostenta error alguno, pues la expresión "por motivos bien conocidos por Ud." no equivale a la invocación de una causa determinada, por lo cual la empresa actuó dentro de las auto-

rizaciones que le confiere el citado ordenamiento legal que no exige que se aduzca motivo específico para la terminación del contrato en período de prueba. Pero si se entendiese que aquella frase lleva implícita la referencia a una razón especial, bien conocida por el trabajador, habría que concluir que tal razón, no precisada debidamente, no puede ser distinta de la que surgía del pacto sobre período de prueba y que el otro contratante no podía ignorar.

Tales probanzas, de consiguiente, fueron bien apreciadas y no cometió el sentenciador los errores de hecho que, en este aspecto, se le imputan.

Con la diligencia de inspección judicial resulta establecida la venta de los siguientes vehículos: un chasís cabinado D-600 a Aubli Nevardo Molano y Roberto Caicedo; un chasís D-300 a Angel Emigdio Gutiérrez H. y un chasís D-300 a Luis E. González Bonilla. Este último fue vendido por el demandante Escobar Acevedo, habiéndosele pagado como comisión la suma de $505.50. En relación con los otros dos no aparecen pagadas comisiones al demandante, pero se comprobó que la negociación con Angel Emigdio Gutiérrez se había iniciado cuando aquél estaba al servicio de la empresa y que la venta y la entrega del vehículo tuvieron lugar en fecha posterior a la de su desvinculación. Los documentos relativos a los otros compradores no fueron examinados, pues el apoderado del actor solicitó que se ordenara la expedición de fotocopias, a lo cual accedió el Juzgado.

Del análisis que el ad quem hizo de esa prueba tampoco se desprende ningún error, ya que la conclusión de la sentencia coincide con las comprobaciones que en ella se hicieron. Sobre este particular se expresó así el Tribunal:

"Dentro del proceso aparece que a pesar de que el actor inició las conversaciones sobre la venta de los dos automotores con los señores Molano y Gutiérrez, quien perfeccionó las ventas fue otro vendedor. Así se estableció en la Inspección practicada en las oficinas de la demandada y como lo dicen las documentales de folios 114 a 151 que obran en fotocopias y mediante las cuales se acredita que la cuota inicial de los compradores de estos dos vehículos se consignaron en fechas posteriores al retiro del trabajador".

También fue apreciada con acierto la Cláusula Décima-Cuarta del contrato de trabajo, que consagra los requisitos mínimos que debe cumplir el trabajador para que la venta pueda tenerse como efectuada por él. El recurrente no niega el incumplimiento de algunos de esos requisitos en lo tocante a las ventas hechas a Molano y Gutiérrez, sino que alega la invalidez o ineficacia de esa cláusula. La Sala no encuentra que tales exigencias lesionen al trabajador o desmejoren sus condiciones de trabajo frente a la legislación laboral, ni que la estipulación sea ilícita o ilegal por algún aspecto; ella es producto de la libertad contractual y no atenta contra las garantías mínimas del trabajador. Este bien pudo rechazarla si no le convenía, pero si no lo hizo, debe suponerse que la discutió y la convino voluntariamente. La tarea del vendedor no consiste tan sólo en presentar un posible cliente al patrono, sino en la realización efectiva de la venta; de ahí que la comisión, normalmente o por regla general, sólo se tenga como causada cuando ese resultado se ha obtenido. La mencionada cláusula, además, tampoco permite inferir que al trabajador, por virtud de ella, se le haya hecho participar en los "riesgos y pérdidas de la compañía".

Del párrafo transcrito se desprende que el fallador de segundo grado se apoyó también en los documentos de folios 114 a 151. Mas dichas piezas no pueden ser examinadas por la Corte con ocasión del cargo que se estudia, por no haberse derivado error de las pruebas que podían generarlo de conformidad con lo previsto en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y no tener estas últimas la calidad de documentos auténticos a tenor de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Ciertamente esas fotocopias figuran en el expediente porque el Juzgado, en la diligencia de inspección judicial y a solicitud del apoderado del demandante, ordenó expedirlas. Pero su expedición no se hizo durante ese acto y, por lo tanto, el Juzgado no tuvo oportunidad de cotejarlas con los originales, dejando la correspondiente constancia en el proceso; sino que fueron remitidas varios meses después por un empleado de la empresa (comunicación de 11 de julio

de 1974) y sin autenticación de ninguna clase.

El sentenciador no desconoce que la empresa tenía ofrecida una "bonificación" a los vendedores, pero advierte que esa bonificación se causaba por la venta de tres vehículos y como el demandante solamente vendió uno, concluye negando el derecho reclamado por este concepto. En el interrogatorio de parte a que fue sometido el representante legal de la demandada, la parte actora confesó, al formular la tercera pregunta, que la bonificación prometida era "por la venta de los tres primeros vehículos que efectuaran cada uno de ellos". En ninguna parte de sus respuestas admite el absolvente que la cuestionada comisión se ganase por la venta de un solo vehículo, como lo pretende el recurrente, aún con desconocimiento de lo confesado por la parte que representa. En la respuesta cuarta, que es a la que se contrae la acusación, dijo expresamente que la bonificación se concedía por la venta de tres vehículos y no de uno. El Tribunal, pues, no sólo no dejó de apreciar esta prueba, como lo afirma la censura, sino que la apreció en forma no susceptible de reparos. Y ya se vio cómo la diligencia de inspección judicial fue bien estimada en cuanto se dio por establecida con ella la venta de un solo vehículo por parte de Escobar Acevedo. Por la misma razón anotada atrás, no es posible el estudio de la prueba testimonial (artículo 7º Ley 16 de 1969).

Al resolver la súplica por remuneración de los descansos en domingos y festivos, el sentenciador expuso: "En la cláusula Décima-Séptima del contrato se convino entre las partes que dentro del salario básico se incluía el valor de los dominicales y festivos, por tanto no hay lugar a esta condena confirmándose la decisión del a quo. En la referida cláusula, literal d), se dijo que 'Dentro del valor del sueldo básico y el porcentaje de comisiones, ya se ha calculado y está incluido el valor correspondiente al descanso obligatorio (dominicales y días feriados)'. La alusión expresa a la mencionada estipulación permite concluir que el fallo quiso hacer referencia también al porcentaje de comisiones, a pesar de que no lo hubiese dicho expresamente. Así, tanto esta prueba como la correspondiente petición de la demanda inicial habrán sido objeto de una correcta apreciación.

Pero aún en el supuesto de que el impugnante tuviera razón, el error imputado no conduciría al quebrantamiento del fallo, pues, al hacer la Sala las correspondientes consideraciones de instancia, tendría que absolver por el extremo cuestionado por no aparecer demostrado el valor del salario variable devengado por el trabajador en cada semana, como lo tiene exigido la jurisprudencia.

Por último, ningún error surge del hecho de haberse encontrado bien liquidado el auxilio de cesantía del trabajador, ya que el documento de folio 11 tiene en cuenta un salario promedio superior al realmente devengado por éste y, en consecuencia, el resultado obtenido como valor de esa prestación es mayor que el que le hubiera correspondido si se la liquida con la remuneración correcta que era de $1.380.51 y no con la de $1.435.20 como lo hizo la empresa.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diecinueve de enero de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo promovido por Mario Alberto Escobar Acevedo contra la sociedad "Gómez Arrubla Limitada".

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

OBLIGACION SOLIDARIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 9).

Gabriel Burgos Jaramillo, mayor de edad y vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 8'345.790 de esa ciudad, demandó por intermedio de apoderado, a las sociedades "Jairo Restrepo y Cía. Ltda" y "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalco)" a fin de que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se las condenase solidariamente a pagarle las sumas que resulten probadas por concepto de auxilio de cesantía; indemnización por ruptura unilateral del contrato sin justa causa; prima de servicios proporcional; salarios insolutos e indemnización moratoria.

Relató en el libelo que había prestado servicios personales a "Jairo Restrepo y Cía. Ltda.", como Director de ventas de la revista "Deleyte", desde el 15 de mayo hasta el 29 de agosto de 1973, fecha en la que fue despedido sin justa causa. Los beneficiarios directos de la revista era "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalco)", Almacenes Ley, quienes habían contratado con Jairo Restrepo y Cía. Ltda. su publicación mensual, como se desprende de las circulares que enviaron a todos sus proveedores anunciando la publicación y venta de avisos, en las cuales se informaba también que la firma Jairo Restrepo y Cía. Ltda. era la encargada de la edición, en virtud de contrato firmado con Almacenes Ley. La papelería necesaria para su trabajo "fue sufragada por Jairo Restrepo y Cía." y para el desarrollo de las labores que le fueron encomendadas contrató un equipo de vendedoras, cuya remuneración era pagada por él mismo, "en sus comisiones y demás prestaciones sociales". El salario pactado con él fue el veinticinco por ciento sobre las ventas brutas "que efectuara el suscrito o cualquiera de mis representantes en el País"; el 30% sobre las ventas efectuadas "por el suscrito o cualquiera de mis representantes, a través de Agencias Publicitarias"; y el 25% sobre "los artes finales que se efectuaran". "Las ventas efectuadas por el suscrito y/o mis representantes, o mejor, mis vendedores (quienes laboraban a nombre de Almacenes Ley para efecto de las ventas)", ascendieron a más de $600.000.00, pero no se le pagó ningún salario, ni prestaciones ni indemnización por despido y por mora. "En las cartas o pruebas donde reposa el contrato presuntivo de trabajo se me trató como Gabriel Burgos y Cía., lo que no era así, ya que para efecto de mis labores y como director de ventas de la revista no necesité compañía de ninguna naturaleza".

Cada una de las firmas demandadas constituyó apoderado judicial y separadamente dieron contestación a la demanda. Ambas se opusieron a las pretensiones del actor negando la existencia del contrato de trabajo afirmado por éste, aduciendo además, la primera, que Gabriel Burgos Jaramillo era una empresa comercial, constituida por el señor Burgos en asocio de otras personas y a la cual daba el nombre de "Gabriel Burgos y Cía." y que los servicios, por tanto, no fueron prestados por una persona natural ni personalmente por el demandante; y la segunda, que no era la única beneficiaria de la revista, sino todos los que hacían propaganda en ella, y que la edición de periódicos y revistas es labor extraña a las actividades normales de la sociedad. Esta última alegó las excepciones de ilegitimidad de la personería de la par-

te demandada; inexistencia de la obligación por falta de acción para pedir; ineptitud de la demanda; falta de derecho para pedir y la genérica.

Tramitada la litis, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento, la desató, en sentencia de trece de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, condenado a las sociedades "Jairo Restrepo y Cía. Ltda." y "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalco)", a pagar, en forma solidaria, a Gabriel Burgos Jaramillo, las sumas de $182.00 por concepto de auxilio de cesantía; $945.00 como indemnización por despido; $111.912.50 por salarios insolutos y el 60% de las costas del juicio.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al desatar la alzada interpuesta por ambas partes, mediante fallo proferido el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

El procurador judicial de "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalco)", interpuso recurso de casación contra ese proveído. Y como le fue concedido por el Tribunal y lo ha admitido esta Corporación, se le va a resolver con estudio de la correspondiente demanda y de la réplica del opositor.

El recurso

El alcance de la impugnación aparece formulado así:

"Persigue como fin el recurso que interpongo que la H. Corte, caso de prosperar el primer cargo que formuló, case parcialmente la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín, y, constituida en Tribunal de instancia, absuelva a mi representada de la condena hecha por la suma de $111.912.50 por concepto de salarios, así como que, consecuencialmente, se reduzca la proporción a cargo de la misma en cuanto a la condenación en costas.

"Que, caso de prosperar el segundo cargo que subsidiariamente propongo, la H. Corte case igualmente en forma parcial la sentencia que recurro, y, consecuencialmente, absuelva a mi representada de todas las condenas hechas, en razón de que no está obligada a responder solidariamente con 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' de tales condenas, así como que se la absuelva de la condenación en costas".

Para tales fines, presenta los dos cargos que enseguida se examinan:

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 27, 34 (subrogado por el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965), 57 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo, "violación proveniente de errónea apreciación de la prueba por haber incurrido en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, ya que se da por establecida una confesión ficta o presunta que no existió".

En la fundamentación del cargo, el recurrente expresa:

"Como se desprende del fallo recurrido, el H. Tribunal, para condenar a los demandados al pago de la suma de $111.912.50 por concepto de salarios-comisiones, partió del presupuesto fáctico de la confesión ficta o presunta por parte de 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' con relación al monto de las ventas alegando en la demanda, ya que ningún otro elemento probatorio existe en el proceso tendiente a demostrar la cuantía de tales ventas. Obviamente, si el H. Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al tener por confesa a la demandada en cuestión, violó indirectamente, al aplicarles en forma indebida, las normas del Código Sustantivo del Trabajo arriba relacionadas, en cuanto condenó al pago de los salarios o comisiones que nos ocupan.

" 'La prueba ha de ser probada', se ha dicho. Será que están establecidos en el proceso los presupuestos factivos para que se dé por establecido o probada la confesión ficta o presunta sancionada por el artículo 56 del Código Procesal del Trabajo, norma en que se inspiró el Tribunal para la condena que nos ocupa?. Indudablemente que no, pues de la demanda 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' no puede predicarse que hubiese sido renuente a la práctica de una inspección ocular con el objeto del examen de libros, papeles y documentos en general.

"Para que de alguien pueda decirse que ha sido renuente a la práctica de una inspección judicial tendiente a la exhibición de documentos es obvio y elemental que

previamente debió haber sido informado —notificado, para emplear la terminología legal— del día, hora y objeto de tal inspección, lo que no acontenció en el caso sub judice.

"Lo anterior es de sentido común, y la ley, respetuosa como tiene que ser de la lógica, ha previsto los antecedentes previos a la práctica de tal prueba, sin el lleno de los cuales no cabe hablar de renuencia a la práctica de la misma.

"Aun cuando el cargo que formulo proviene de un manifiesto error de hecho por parte del H. Tribunal, y se muy bien que no es menester ni técnico señalar como violadas normas de carácter procedimental, permítaseme por la H. Corte, al relatar cronológicamente la parte correspondiente al desarrollo del proceso que nos interesa, señalar cómo fueron desconocidas distintas normas de carácter imperativo, lo que, en la práctica, se tradujo en que, de hecho, no puede decirse del demandado que hubiese sido renuente a la práctica de la inspección judicial, apreciación a la que, con manifiesto error de hecho, llegó el H. Tribunal, al dar por probada una confesión que no existió."

Al efecto hace las siguientes afirmaciones: no es cierto que la diligencia de inspección judicial hubiese sido decretada en la primera audiencia de trámite. En el libelo inicial se solicitó su práctica "a fin de que se constaten los hechos de la demanda", lo cual no cumple con la precisión exigida por el artículo 245 del C. de P. C.; tampoco se formuló el cuestionario que debía absolver el perito, como lo ordena esta norma. Tal prueba debió ser rechazada in limine, de conformidad con el artículo 178 del mismo Código. A pesar de no haber sido decretada, el Juzgado en la cuarta audiencia de trámite, dispuso que se llevaría a cabo en la fecha señalada para continuar esa audiencia. No se cumplieron las disposiciones sobre exhibición de documentos, entre ellas los artículos 247 y 284 del C. de P. C., en armonía con el 205 ibídem, que ordena notificar la providencia que la decrete a quien debe exhibirlos; así como tampoco los artículos 285, 288 y 314, pues no se dio a "Jairo Restrepo y Cía. Ltda.". La oportunidad de oponerse a la exhibición.

A continuación, expresa:

"Quiero hacer hincapié en que no invocó como violación medio la de las normas procesales que acabo de citar, pues mi cargo no se dirige contra la inspección judicial misma irregularmente decretada y practicada, pues el H. Tribunal nada dio como probado con tal inspección en sí misma, y de haber sido así, tal violación de las normas procesales hubiese implicado un manifiesto error de derecho en vista de las transgresiones en cuanto a la ritualización de la prueba, cargo que no sería de recibo en lo laboral. No, el cargo que formulo es por manifiesto error de hecho en cuanto a que el H. Tribunal da por establecida una confesión ficta y en razón de una renuencia a una exhibición la que no existió en la realidad.

"Para resumir H. Magistrados, el H. Tribunal Superior de Medellín incurrió en los siguientes errores de hecho:

"a) No tuvo en consideración que la parte demandante no solicitó en ningún momento una inspección judicial con la correspondiente exhibición de documentos en poder de los demandados, con especificación clara y precisa de los puntos sobre los cuales versaría tal inspección.

"b) No tuvo en consideración que el Juez de primera instancia en ningún momento se pronunció en forma expresa sobre si se decretaba o no la inspección judicial solicitada irregularmente por el demandado, ni mucho menos decretó exhibición alguna de libros, papeles y documentos, lo que no fue pedido, repito, ni se cumplió el trámite exhibitorio.

"c) Finalmente, no tuvo en consideración que a la demandada 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' en ningún momento se le notificó personalmente o por avisos que debía proceder a tal exhibición.

"Visto todo lo anterior, no se remite a discusión que se incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, ya que se dio por establecida una confesión ficta por una presunta renuencia que no existió, contrariando todas las evidencias que obran en el proceso, error de hecho que llevó al Tribunal a aplicar indebidamente las normas sustanciales que señalo como indirectamente violadas, al condenar solidariamente a 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' y a mi representada al pago

de salarios en la cantidad señalada en la parte resolutiva del fallo ahora recurrido".

Segundo cargo

La sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 27, 34 (en la forma como quedó subrogado por el artículo 3º del Decreto Legislativo 2351 de 1965), 57, 64, subrogado por el 8º del mismo Decreto, 98, subrogado por el 17 del mismo estatuto, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por infracción directa, debido a su falta de aplicación, el artículo 158 del Código de Comercio.

Este ataque aparece sustentado por el censor de la siguiente manera:

"El H. Tribunal Superior de Medellín aplicó indebidamente el artículo 34 del C. P. del T. en cuanto condenó solidariamente a 'Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. -Cadenalco-' al pago de los salarios y prestaciones presuntamente debidos por el contratista independiente 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.', pues, en forma desacertada, considero que tal solidaridad era aplicable al caso sub judice, lo que no es así ante norma tan clara como la contenida en el artículo 158 del Código de Comercio, la que ostensiblemente ignoro, dejó de aplicar.

"Obviamente, al aplicar indebidamente el artículo 34 en cita, aplicó también indebidamente las demás disposiciones atrás citadas, reguladoras del contrato de trabajo, remuneración de la prestación laboral, pago del salario, despido injusto, agentes vendedores, distintas formas de salario, cesantías y su liquidación.

"Si se lee detenidamente el fallo recurrido, se observa cómo el H. Tribunal ni siquiera se ocupa de considerar si la publicidad se encontraba dentro de las actividades normales de 'Cadenalco', eventualidad fáctica a la que el artículo 34 del C. S. del T. condiciona la aplicabilidad de la solidaridad por él mismo consagrada.

"Ahora, si el Tribunal hubiese considerado la existencia del artículo 158 del Código de Comercio, necesariamente hubiese absuelto de tal solidaridad a 'Cadenalco'.

Qué dice la norma en cita?

" 'Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

" 'Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros.....' (la subraya no es del texto).

"En los folios 130 a 144 obra copia auténtica de la Escritura pública Nº 2927, de tres (3) de diciembre de mil novecientos setenta y tres (1973), otorgada ante la Notaría Octava del Circuito de Medellín, mediante la cual se reforman los estatutos de 'Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A., '—Cadenalco—', y mediante la cual se introdujo como modificación a su objeto social la explotación de la propaganda comercial.

"Ahora bien, es claro que el día 3 de diciembre de 1973 ya había concluido con mucha anterioridad la relación laboral que alega el demandante, y, lo que es más, en aquella fecha ni siquiera se había registrado en la Cámara de Comercio de Medellín tal reforma estatutaria, luego, obviamente, el demandante, como tercero frente a la sociedad, y ante voces tan claras e inequívocas como la disposición del Código de Comercio que acabo de transcribir, no podía invocar tal reforma estatutaria, como sí lo hizo el Juez de primera instancia (F-155), pero punto del que no se ocupó el Tribunal, lo repito."

El opositor solicita el rechazo de la demanda aduciendo que es incorrecta la formulación del alcance de la impugnación, pues no se indica en él que debe hacer la Sala con la sentencia del a quo una vez casada la del ad quem, y que no es posible absolver, sin previa revocatoria de aquella providencia. Al respecto, cita en su apoyo la jurisprudencia de esta Corporación y, en forma especial, los autos de 2 de abril y 2 de mayo de 1975, proferidos en el juicio seguido por Rafael Howell del Villar contra la "Corporación Algodonera del Litoral".

Se refiere luego a cada uno de los cargos para sostener, en relación con el primero, que la recurrente carece de interés para formularlo, pues habiéndose conformado "Jairo Restrepo y Cía. Ltda." con las condenaciones que le dedujo la sentencia en su calidad de patrono, "sería nítidamente absurdo que a través de una demanda for-

mulada por 'Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A.' (Cadenalco) pudiera, en tales circunstancias, resultar absuelta por esos conceptos". Agrega que la vía escogida para esta acusación es inadecuada, "porque si la conducta de 'Jairo Restrepo y Cía. Ltda.' no configuró una confesión ficta ni, obviamente, ningún otro elemento de prueba, el cargo ha debido optar por el camino de la infracción directa —como violación de medio— de las normas procedimentales pertinentes y la posterior —como violación final— de las sustantivas necesarias para conformar la proposición jurídica". Y, si lo anterior no bastara para el rechazo del ataque, observa que en materia laboral, la inspección judicial, en la cual está implícita la exhibición de documentos, se halla reglada de tal manera que no exige remisión al procedimiento civil, y que en el caso sub judice no es cierto que se hubieran dado los presupuestos previos para la aplicación del artículo 56 del Código Procesal del Trabajo.

Y, respecto del segundo, que aparentemente se plantea por la vía directa, pero que en su desarrollo se refiere a cuestiones fácticas, lo que hace inadmisible. Que está bien que el Tribunal no se hubiese apoyado en la escritura de folios 130 a 134 por ser posterior a los hechos que originaron el pleito, y que la conclusión sobre la solidaridad se basa en otras pruebas no atacadas en la censura, como son, entre otras, los testimonios de Humberto Upegui Ortiz y Guillermo Jaramillo Merino.

La Sala considera

Si la obligación solidaria, que establece el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,—con la modificación introducida por el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965— a cargo del beneficiario o dueño de la obra, tiene su fundamento principal en la existencia de un contrato de trabajo entre el contratista y el trabajador, no es posible desconocer al obligado solidario interés suficiente para discutir en vínculo contractual de esa naturaleza, o algunos de sus elementos esenciales. Y ese interés no se merma ni desaparece por el hecho de que el contratista haya aceptado el tal contrato, pues el beneficiario o dueño, si logra demostrar lo contrario, aún en contra de la voluntad del presunto patrono, queda exonerado de la obligación. La solidaridad no surge únicamente del contrato de obra y de la calidad de dueño o beneficiario de ésta, sino que tiene su fuente principal en el contrato de trabajo. Si éste no existió, aún cuando concurran los restantes presupuestos, tampoco habrá lugar a declarar la solidaridad.

Lo anterior explica por qué no tiene razón el opositor en su aspiración de que el primer cargo se desestime por ausencia de interés en el recurrente para formularlo.

Pero sí son fundadas la mayor parte de sus otras apreciaciones para solicitar el rechazo de la demanda y de los cargos.

En efecto, el alcance de la impugnación aparece incompetentemente expresado respecto de cada uno de las acusaciones propuestas. En ambas se pretende la casación parcial de la sentencia impugnada, pero sin indicarse cuáles son las partes de ella que, en cada caso, deberían ser infirmadas. Y para el fallo de instancia se pide, en el evento de que prospere el primer ataque, la absolución por el extremo de salarios, y la absolución total, si tuviere éxito el segundo. Mas no se demanda, en ninguna de las dos posibles circunstancias, la revocación del fallo del a quo, y, en caso de pretenderse parcial, tampoco se precisa qué aspectos deben ser revocados. Como lo apunta el opositor, frente a una decisión condenatoria no resulta posible absolver, si aquella no es previamente revocada. La Corte no cumple una función investigadora, ni le es permitido proceder oficiosamente; no puede, por tanto, suplir al recurrente en su actividad ni llenar los vacios que ofrezca su demanda.

Los vicios observados conducen necesariamente a su desestimación, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala, sin que valga argüir que ya había sido calificada y admitida, pues tales providencias no atan al juzgador, ni convalidan los defectos. Con mayor razón cuando ahora —que sí es el momento oportuno para hacerlo— se advierten en los cargos las siguientes deficiencias de carácter técnico.

El primero no se formula a través de una proposición jurídica completa, ya que expresamente resultaron excluidas las normas de los Códigos de Procedimiento del Trabajo y de Procedimiento Civil sobre pro-

ducción o ritualidad de las pruebas, y, de manera especial, el artículo 56 de aquel estatuto, —soporte fundamental de la decisión impugnada— acerca de todas las cuales alega el atacante, pero haciendo constar que no son materia de acusación por no tener el carácter de disposiciones sustanciales. De conformidad con la doctrina de los autores y de la Corte, dichos preceptos no sólo habrían podido incluirse, sino que su inclusión, dado el planteamiento del cargo, era forzosa, como violaciones de medio. Sin estas infracciones previas, especialmente —se repite— la del artículo 56 del C. de P. L., el sentenciador no habría llegado a las violaciones finales predicadas por la censura.

De otro lado, el error de hecho no aparece correctamente señalado, pues no reviste tal entidad "el hecho de tener por confesa a la demandada en cuestión". Esta es una calificación jurídica que surge de la aplicación de preceptos legales a determinada situación o presupuestos fácticos (como la renuencia) que se dan por establecidos. El error de hecho estará, entonces, en estas conclusiones, si a ellas se ha llegado en forma equivocada y a través del examen de pruebas, y aquella inadecuada calificación jurídica será, simplemente, el producto o la consecuencia del error y se traduce en la infracción de los respectivos textos legales.

La vía escogida para la formulación del segundo cargo fue la directa, afirmándose aplicación indebida de unas normas de carácter laboral e infracción directa del artículo 158 del Código de Comercio. Cuando la acusación se presenta por este camino, no es admisible involucrar cuestiones de hecho ni cabe hacer análisis de pruebas.

El sentenciador encontró demostrado que "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalco)" era la dueña de la obra contratada y, como no se le probó que esa actividad fuera extraña a sus labores normales, —hecho exceptivo que debe ser probado— aplicó el artículo 34 del C. S. del T. Pero el censor parte del supuesto fáctico contrario y suscita discusión sobre el contenido en el fallo. La equivocación en el planteamiento de este ataque resalta aún más si se tiene en cuenta que en la segunda parte de su desarrollo el impugnante imputa al Tribunal el error de hecho de no haber sido por demostrado, estándolo, que la publicidad no hacía parte de las actividades normales de "Cadenalco", a consecuencia de la falta de apreciación de la Escritura pública que obra a folios 130 a 144.

La demanda es, pues, ineficaz, y los cargos se rechazan, en consecuencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Gabriel Burgos Jaramillo contra "Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A." (Cadenalco) y "Jairo Restrepo y Cía. Ltda."

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE TRANSACCION ENTRE LA EMPRESA Y SU SINDICATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Acta Nº 6).

La Asociación Sindical denominada "SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA VIDRIERA Y SIMILARES", entidad sindical de primer grado, con domicilio en el Municipio de Envigado, Departamento de Antioquia, procediendo por intermedio de apoderado judicial demandó ante el Juzgado Laboral del Circuito de ese lugar, a la Sociedad "CRISTALERIA PELDAR S. A.", con sede en esa misma ciudad, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se condene al reconocimiento y pago de las cuotas que por beneficio de convenciones colectivas de trabajo ha debido retener la empresa a sus trabajadores y a las costas del proceso.

Como hechos de la demanda afirmó el demandante:

"PRIMERO. Funciona en la Empresa CRISTALERIA PELDAR S. A., un sindicato de industria denominado 'SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA VIDRIERA Y SIMILARES', al cual se le reconoció personería jurídica mediante la Resolución Nº 0804 de julio 30 de 1955 y emanada del Ministerio de Justicia. SEGUNDO. En ejercicio de las facultades otorgadas a esta agremiación, por la ley sustantiva laboral, ha celebrado varias convenciones colectivas de trabajo mediante las cuales ha obtenido mejora en los derechos, no sólo de sus afiliados sino de todo el personal que presta servicios en 'CRISTALERIA PELDAR S. A.', pues esta empresa cobija con tales conquistas a todos sus operarios. TERCERO. Dentro de las convenciones colectivas que se han firmado con posterioridad al 4 de septiembre de 1965, se han consagrado los siguientes beneficios, con los cuales han quedado cobijados todos los trabajadores de la empresa: Primas, incapacidades, auxilio para deportes y actividades culturales, restaurante, Cafetería y Carritos, botiquines, enfermería, ambulancia, transporte, exámenes clínicos, asistencia médica a familiares, auxilios a las Cooperativas, seguridad e higiene industrial etc. CUARTO. El sindicato cuya representación judicial ejerzo, reúne en su seno mucho más de una tercera parte del total de trabajadores de la empresa. QUINTO. No obstante que la empresa está en la obligación de retener la cuota sindical ordinaria de todos los trabajadores que se benefician de las convenciones anteriores, es lo cierto que no le ha hecho. SEXTO. Ninguno de los empleados al servicio de la firma demandada ha renunciado a ser cobijado por las convenciones colectivas de trabajo. Pero en el caso de que lo hubieran hecho, es lo cierto que a ellos se les hace partícipes de las conquistas convencionales. La misma empresa que ahora se demanda ha reconocido en las convenciones colectivas de trabajo, que un número indeterminado de ellos, a pesar de dicha renuncia, tienen que usar servicios que han sido pactado convencionalmente. SEPTIMO. en un acto que violenta la ley, por cuanto entraña renuncia a derechos de carácter laboral, la compañía ha venido pagando una cantidad relativamente pequeña, con la que debía contribuir realmente, por el beneficio de convenciones de tales empleados, razón por la cual se ha tenido que instaurar esta acción. OCTAVO. La cuota sindical ordinaria que la empresa ha debido retener a quienes ampara con las convenciones colectivas, es del uno por ciento, sobre el sueldo básico, conforme a

los estatutos que rigen la organización que represento".

Admitida la demanda se corrió traslado de ella a la parte demandada, quien oportunamente dio respuesta por intermedio de apoderado judicial aceptando algunos de los hechos, negando los restantes, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y proponiendo la excepción de prescripción.

Finalizada la primera instancia el Juez de conocimiento decidió la controversia, mediante sentencia de 23 de mayo de 1975, cuya parte resolutiva dice:

"CONDENASE a la Empresa CRISTALERIA PELDAR S. A. representada por el doctor JAVIER BRAVO en su calidad de Presidente, a pagar al SINDICATO de trabajadores de la industria vidriera y similares representada por su Presidente GILBERTO HERNANDEZ BETANCUR la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS ($383.882.59) por concepto de cuotas dejadas de retener en favor de éste. La demandada pagará las costas causadas en esta instancia. DECLARASE pracialmente probada la excepción de PRESCRIPCION".

La anterior providencia fue apelada oportunamente ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la cual fue confirmada en su totalidad, condenando en costas del recurso, en sentencia de 22 de enero de 1976.

La demandada recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la cual no fue replicada.

La parte recurrente como Alcance de la impugnación manifestó:

"..... Me propongo acusar en esta sede la sentencia de segunda instancia pronunciada el 22 de enero del corriente año por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, con la aspiración de que sea casada totalmente a fin de que esa H. Sala de la Corte, en función de instancia, revoque el fallo de primer grado, proferido en el mismo negocio por el Sr. Juez Laboral del Circuito de Envigado el 23 de mayo de 1975, y en su lugar absuelva a mi mandante y condene al actor en las costas de la litis".

Formula el apoderado de la parte demandante un solo cargo así:

Cargo único

"Por vía directa e interpretación errónea, los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 5º, 9º, 13 y 21 ibídem, 2469 del Código Civil, como infracción de medio; y consecuencial violación, por aplicación indebida, de los artículos 467 del Código Sustantivo del Trabajo y 23, 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968. Independientemente de las cuestiones de hecho, pues el sentenciador admite que sólo una parte indeterminada e indeterminable de los empleados renunciantes a los beneficios de la convención, y no todos ellos ni siquiera su mayoría, hizo eventualmente uso de la cafetería o restaurante y la proveeduría de Envigado o del transporte a esta población, como admite igualmente la existencia del contrato de transacción, cuyos términos transcribe tomándolos de la convención de 1971 y de la de 1973, la sentencia desconece la eficacia de esas estipulaciones por estimar que implican renuncia de derechos irrenunciables. Confunde así el sentenciador los derechos del trabajador (que son irrenunciables e intransigibles válidamente, siendo ciertos e indiscutibles, conforme a los artículos 13, 14 y 15 del Código Laboral) con el derecho del Sindicato a unas cuotas condicionales a cargo de la empresa. Este derecho del sindicato, aunque esté contenido en la legislación del trabajo, es de orden patrimonial, civil, absolutamente distinto de los derechos laborales de los empleados y obreros que tutelan de modo peculiarísimo la Constitución y el Código del Trabajo. Toda la filosofía sindical está montada sobre esa diferencia, pues precisamente para equilibrar a las partes en la contratación del trabajo humano subalterno se requiere reemplazar la contratación individual, la del obrero aislado y necesitado del salario frente al patrono poderoso, que es el esquema habitual, por la contratación colectiva en la que el poder del dinero está contrapesada por el poder del número de los operarios asociados. Cuando el ar-

tículo 1º de nuestro estatuto habla del 'espíritu de coordinación económica y equilibrio social' como regla suprema de interpretación general (a. 18), tiene en mientes la diferencia sustancial aludida, entre los derechos irrenunciables del trabajador y los derechos 'renunciables' de los empresarios y de los sindicatos de trabajadores, como tales. Pero, además, el supuesto derecho del Sindicato de PELDAR a las cuotas de los usuarios eventuales del transporte, la proveeduría o el restaurante de Envigado, no podía ser 'cierto' e 'indiscutible' cuando se pactaron las cláusulas de transacción, pues se trataba de eventos apenas posibles, en número de usuarios incalculables previamente y aún de difícil control posterior. La sentencia critica la estipulación así: 'Cabe observar que las aludidas cláusulas son de una vaguedad e imprecisión considerables, pues no indican el número de trabajadores que han de beneficiarse de las convenciones colectivas, como tampoco de cuáles de sus normas'. Obviamente, pues se trataba de eventos futuros, imposibles de determinar; de ahí que la cláusula glosada tuviera qué decir: 'Como un alto porcentaje de trabajadores a sueldo ha hecho renuncia expresa de LOS BENEFICIOS DE LA CONVENCION, en consideración a que UN NUMERO INDETERMINADO DE ELLOS, a pesar de la dicha renuncia tiene que usar servicios que han sido pactados convencionalmente, la Empresa se obliga a pagar al Sindicato Y ESTE ACEPTA POR VIA DE TRANSACCION, la suma de .... etc.'. Indeterminación que da mayor base a la transacción, pues no equivale a renuncia de un derecho cierto e indiscutible del Sindicato; ni cabe en la previsión del artículo 2469 del Código Civil: 'No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se discute'. La interpretación equivocada de las disposiciones comentadas hasta aquí, indujo al sentenciador a aplicar indebidamente, por no ser pertinentes, los preceptos que regulan las convenciones colectivas de trabajo (artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo), su aplicación a todo el personal cuando el Sindicato agrupa más de la tercera parte, la obligatoriedad de las cuotas sindicales y el pago de las cuotas por beneficio de la convención (artículos 23, 37, 38 y 39 del Decreto 2351), singularizados en el cargo".

Se considera

El recurrente acusa la sentencia "por vía directa e interpretación errónea, los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1º, 5º, 9º, 13 y 21 ibídem, 2469 del Código Civil, como infracción de medio; y consecuencial violación, por aplicación indebida de los artículos 467 del Código Sustantivo del Trabajo y 23, 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968".

Las normas legales establecen —artículo 39 Decreto Ley 2351 de 1965—, como lo afirma la sentencia recurrida, que cuando un sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, como ocurre con el demandante, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar cuota al Sindicato, a menos que renuncien expresamente a sus beneficios.

También afirma el ad quem que en el proceso (cuadernos 2 y 3) aparecen las renuncias del personal no sindicalizados, a los beneficios de la convención.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, es válido el contrato de transacción, en materia laboral, excepto cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Los artículos 2º de las convenciones colectivas de trabajo celebrados entre las partes en 1971 y la de 1973, en su orden establecen:

"Como un alto porcentaje de trabajadores a sueldo ha hecho renuncia expresa de los beneficios de la convención, en consideración a que un número indeterminado de ellos, a pesar de dicha renuncia, tiene que usar servicios que han sido pactados convencionalmente, la Empresa se obliga a pagar al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares, con sede en Envigado, y a su Sub-Directiva con sede en Barranquilla, y éstos aceptan por vía de transacción, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) mensuales, como valor de sus cuotas sindicales por el posible uso que los renunciantes llegaron a hacer de tales servicios".

"..... "'Como un alto porcentaje de trabajadores a sueldo ha hecho renuncia expresa de los beneficios de la convención, en consideración a que un número indeterminado de ellos, a pesar de dicha renuncia, tiene que usar servicios que han sido pactados convencionalmente, la Empresa se obliga a pagar al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares, con sede en Envigado, y a su Sub-Directiva con sede en Barranquilla, y al Sindicato Nacional de Trabajadores de Cristalería Peldar S. A., e Industrial de Vidrio Plano, con sede en Zipaquirá, y éstos aceptan por vía de transacción, la suma de dos mil quinientos pesos ($2.500.00) m. l. mensuales, a cada uno de ellos, como valor de sus cuotas sindicales por el posible uso que los renunciantes llegaren a hacer de tales servicios'.

Es bien sabido que el Sindicato es una Persona Jurídica distinta de sus afiliados individualmente considerados y es conocido también que los artículos 13, 14 y 15 del C. S. del T., que guardan íntima relación entre sí, tienden a tutelar los derechos consagrados por la ley laboral en beneficio de los trabajadores como sujetos de derechos distintos del Sindicato, permitiendo que se superen, pero que nunca se mermen las prerrogativas consagradas en la ley, prohibiendo que sean objeto de renuncia, salvo casos específicos determinados por la ley y prescribiendo que se transija sobre tales derechos cuando sean ciertos e indiscutibles para adoptar así el principio establecido en el artículo 2469 del C. C., que no tiene como transacción el acto que sólo implique la renuncia de un derecho unilateral que no se disputa y que no impide transigir en materias regidas por normas de orden público como el estado civil de las personas.

Estos principios tutelares consagrados por los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, no se predicen pues, como es obvio, respecto del Sindicato en lo que atañe a sus derechos patrimoniales como persona jurídica que es. Bien puede éste transigir en cuanto a ellos de acuerdo con sus mejores conveniencia y el contrato así celebrado viene a regirse por el derecho común.

Interpretó por lo tanto, el sentenciador de manera errónea los textos que acaban de mencionarse y por ello debe casarse su decisión.

Las mismas consideraciones anteriores y además el hecho de que los actos transaccionales controvertidos en el proceso, por su mismo texto tienden a precaver eventuales litigios entre empresa y sindicato, deben ser respetados por una y otra parte; desde luego que nadie ha alegado la existencia de vicios en el consentimiento de quienes así transigieron en relación con un número indeterminado de personas que podrían estar obligadas a pagar la cuota sindical en oportunidades también imponderables.

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 de veinte y dos (22) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en cuanto confirmó la del **a quo** y en sede de instancia REVOCA el fallo de primer grado pronunciada en este mismo proceso por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado (Antioquia), el veinte y tres (23) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975) y en su lugar ABSUELVE a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Con costas de primera instancia a cargo del demandante.

Sin costas en segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario

PAGO DE COMISIONES POR SERVICIOS PRESTADOS POR AGENTES VENDEDORES DE SEGUROS

Documentos auténticos. (Error de Hecho)

Indemnización moratoria (Art. 65 del C. S. del T.). Plazo para pagar los salarios y prestaciones sociales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo cuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 8).

Luis Carlos Betancur Velásquez, mayor de edad y vecino de Medellín, demandó, en escrito que "coadyuvó" el abogado a quien en la propia demanda confirmó poder, a las Compañías que giran bajo las razones sociales de "Pan American Life Insurance Company" y "Pan American de Colombia —Compañía de Seguros de Vida S. A.—", la primera con sede principal en el exterior y negocios de carácter permanente en la República de Colombia y la segunda con domicilio y negocios permanentes en Colombia, para que, una vez cumplida la tramitación del proceso ordinario laboral, se las condene a pagarle las sumas de dinero correspondiente a los siguientes conceptos:

"A) Por domingos y festivos durante la relación laboral, es decir, desde el primero (1º) de julio de 1970 al veinte (20) de diciembre de 1973. Este pago deberá hacerse en forma sencilla y liquidado de acuerdo al último salario promedio que fue de $9.232.00 mensuales o por el que resulte acreditado dentro de este proceso. B) Reajuste de la indemnización por cancelación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono. El patrono reconoció por este concepto sesenta y cuatro (64) días de salario siendo que por los niveles de capital le corresponde pagar en primer grado y adeuda entonces diez y ocho (18) días de salario por este concepto, que deberan liquidarse sobre la base del último salario promedio de $9.232.00 M/cte., mensuales o por el que resulte acreditado dentro de este proceso. C) Por la cantidad de $78.000.00 M/cte., suma en la cual resulte perjudicado al perder el derecho a préstamo para vivienda por un valor de $195.000.00 M/cte., con plazo de cinco (5) años, a un interés del seis (6%) por ciento anual, según explicaré en los hechos, de acuerdo a la convención colectiva que rige entre la Compañía y sus agentes. D) Por la pérdida de mi cartera como agente de seguros, al ser despedido sin justa causa, pérdida que estimo en la cantidad de $122.181.32 M/cte., según se desprende del detallado estudio que he hecho de las pólizas que vendí durante la relación laboral y que obra en anexo a este libelo, y que reclamo como daño emergente. E) Por el salario correspondiente a diez y ocho (18) días del mes de diciembre de 1973, a saber: del tres (3) de diciembre de 1973, fecha en la cual fui obligado a suspender ventas de pólizas, hasta el veinte (20) del mismo mes, cuando me cancelaron el contrato, que a razón de un salario promedio de $9.232.00 mensuales o sean $ 307.73 diarios valen al suma de $5.539.14 M/cte., o bien la suma que resulta de acuerdo con la liquidación del salario promedio que se acredite en este proceso. F) Si al reconocerse el pago de los anteriores conceptos se afecta el cómputo de la liquidación del contrato de

trabajo en forma grave, pido que se condene a las empresas demandadas al pago de la indemnización moratoria o de 'brazos caídos', desde la fecha de mi vinculación hasta que termine el juicio y se haga el pago. G) Indemnización moratoria o de 'brazos caídos' en relación a cuarenta y seis (46) días que demoraron las empresas demandadas en pagarme la liquidación de mi contrato de trabajo, liquidados sobre la base de $9.232.00 m/cte., valor del último salario promedio mensual o del que resulte acreditado dentro de este proceso. Esta petición la formulo en subsidio de la anterior. H) Reajuste de la liquidación del contrato de trabajo, con base al salario promedio que me resulte al reconocerme el pago de dominicales y festivos. I) Costas de este proceso si los demandados se oponen temerariamente a él, incluidas las agencias en derecho."

En treinta extensos hechos el demandante expresa en síntesis lo siguiente: Trabajo sin interrupción al servicio de Pan American Life Insurance desde el 1º de julio de 1970 hasta el 20 de diciembre de 1973. En mayo de 1973 se constituyó la sociedad Pan American de Colombia -Compañía de Seguros de Vida S. A. Pan American Life Insurance Company se obligó a suspender el tres de diciembre de 1973 la venta de nuevas pólizas, con el fin de que esa actividad fuera desplegada única y exclusivamente por la nueva Compañía filial, habiendo celebrado las dos compañías un contrato según el cual la primera administraría a la segunda. Como consecuencia de lo anterior Pan American Life Insurance introdujo modificaciones a los contratos de trabajo celebrados con sus agentes vendedores, contenidas en cinco cláusulas; según las tres primeras cláusulas la Compañía le exigía continuar ofreciendo en venta pólizas en los ramos de Seguros de Vida, Colectivos, de Grupo y de Hospitalización, únicamente de la Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida S. A., con base en una nueva escala de comisiones, quedando entendido que todas las primas recaudadas serían entregadas a Pan American Life Insurance Company; por la cláusula cuarta se introdujo una modificación esencial al contrato de trabajo al disponer que las comisiones del agente se descompondrían así: el 82.5% se consideraría como remuneración ordinaria y el 17.5% cubriría el descanso en dominicales y festivos; la cláusula quinta dejaba vigente a las demás estipulaciones del contrato y se aplicarían para las pólizas de ambas Compañías, estableciéndose así una solidaridad entre ellas. El demandante rechazó la cláusula cuarta por cuanto implicaba una rebaja del salario, razón por la cual Pan American Life Insurance Company le notificó que sólo podía hacer negocios hasta el 3 de diciembre de 1973, cuando se cancelaría el contrato de trabajo. Llegada esta fecha no se produjo la cancelación anunciada, pero no se le permitió negociar más pólizas; el 20 de diciembre salió en vacaciones colectivas y el 27 recibió una nota en la cual se le comunicaba por el patrono la conclusión del contrato de trabajo a partir del 20 de diciembre y que quince días después se le entregaría las sumas correspondientes a la liquidación del mismo lo que se hizo el 5 de febrero de 1974; la indemnización por despido injusto estuvo mal liquidada, porque correspondiéndole 82 días de salarios, sólo le reconoció el patrono demandado 64 días, adeudándole 18 días, que deben pagársele de acuerdo con el salario promedio que se acredite en el proceso. El demandante, con fundamento en la Convención Colectiva que rige entre la Compañía y los Agentes, tenía derecho a un préstamo para vivienda por $195.000.00 al cabo de los tres años de servicios. Debido al despido perdió ese préstamo al 6% anual, sufriendo un perjuicio, pues de haber recurrido a un Banco le habrían cobrado el 14%, con una diferencia entre las dos cantidades de $78.000.00, que es por la que demanda. El patrono demandado está recaudando comisiones de la cartera del Agente demandante por valor de $122.181.32, correspondiente a comisiones que ingresarían a su patrimonio dentro de 3, 4 ó 5 años, por no haberlas pagado los asegurados y reconocer la Compañía Aseguradora esas comisiones a sus agentes por un período de seis años. El patrono no reconoció a Betancur Velásquez el valor de los descansos dominicales y festivos, adeudándoselos, por lo cual debe ser condenada a su pago y al correspondiente reajuste de las prestaciones e indemnizaciones.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Panamerican Life Insurance Company y Panamerican de Colombia —Compañía de Seguros de Vida S. A., dijo desconocer los hechos de la demanda, atendiéndose a lo que se pruebe en el juicio. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, pago, compensación y la de inepta demanda, fundamentada esta última en la litis consorcio de las demandadas, que se establece en forma inadecuada y contraria a la ley.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Medellín, dictó sentencia el dieciséis de julio de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso: "CONDENASE Solidariamente a las COMPAÑIAS PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY Y PAN AMERICAN DE COLOMBIA- COMPAÑIA DE SEGUROS S. A., representadas por el señor HERNAN PELAEZ GOMEZ, a pagar al señor LUIS CARLOS BETANCUR VELASQUEZ, CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON 54/100 ($43.297.54) por descanso en domingos y festivos; DIEZ MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON 71/100 ($10.355.71) por reajuste en la indemnización por despido injusto; SEIS MIL SETENTA Y NUEVE PESOS CON 50/100 ($6.079.50) por reajuste en la liquidación del auxilio de cesantía, DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS CON 14/100 ($16.640.14) a título de indemnización moratoria. Se absuelve de los demás cargos formulados. Se declara parcialmente probada la excepción de prescripción en la forma dicha en la parte motiva de la providencia y no probadas las demás excepciones. Se condena a las empresas demandadas a pagar el CINCUENTA POR CIENTO (50%) de las costas del juicio, que se fijarán posteriormente.".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Meddellín, Sala Laboral, en fallo de diez de marzo de mil novecientos setenta y seis decidió el doble recurso así: "CONDENASE Solidariamente a las COMPAÑIAS PAN AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY Y PAN AMERICAN DE COLOMBIA- COMPAÑIA DE SEGUROS S. A. a pagar al señor LUIS CARLOS BETANCUR VELASQUEZ la cantidad de cuatro mil trescientos ocho pesos con veintiséis centavos ($4.308.26) M. L., por indemnización moratoria. Se absuelve en todo lo demás, a las demandadas. Las Costas de la primera instancia se rebajan al treinta por ciento (30%). Y no se causaron en éste. En esta forma queda, REVOCADA Y MODIFICADA la sentencia recurrida de fecha y procedencia ya indicadas."

Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la respectiva demanda y del escrito de réplica de la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula el casacionista así:

"Pretendo la casación parcial del fallo recurrido en cuanto confirma al Juez de Primera Instancia la decisión absolutoria por corretajes o comisiones pendientes y por salarios debidos hasta la terminación del contrato; en cuanto confirma el a quo la decisión absolutoria por reajuste de primas y vacaciones; en cuanto revoca al fallador de primer grado las condenaciones por descanso en días domingos y festivos, reajuste de la indemnización por despido, reajuste de cesantía y en su lugar absuelve por estos conceptos; en cuanto reforma o modifica en contra de mi mandante la condenación por sanción moratoria; para que convertida esa Honorable Sala en sede de instancia, revoque al fallador de primer grado en lo atinente a las soluciones por salarios, comisiones corretajes pendiente o cartera de agente, salarios debidos hasta la terminación del contrato, reajuste de primas y vacaciones, y en su lugar condene por estos conceptos; conforme al a quo las condenaciones por descanso remunerado en domingos y festivos, reajuste de cesantía e indemnización por despido, y por sanción moratoria, reformando o modificando en favor de mi mandante todas las últimas citadas condenaciones en lo atinente al monto deducido por el a quo de cada una de las condenas, incrementando estos conceptos con los salarios por descanso en domingos y festivos, con los salarios o comisiones pendientes y descongelando la sanción moratoria hasta que la empresa pague o consigne lo que debe, teniendo presente

un mayor salario promedio diario; imponiendo además a las demandadas las costas de las dos instancias y las del recurso extraordinario."

Con fundamento en la causal primera de casación presenta el impugnador tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria en forma indirecta ya por aplicación indebida del artículo 127, 57 Regla 4ª en relación con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, 22, 23, y 27 del Código Sustantivo del Trabajo; 1494, 1602, 1625, 1603 del Código Civil Colombiano; a consecuencia de las expresadas violaciones dejaron de aplicarse siendo el caso de hacerlo el artículo 1º; 13, 14, 18, 20, 21, 43, 55 y 109 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 8º de la Ley 65 de 1966 en relación con el artículo 2º del Decreto 837 de 1967. Violaciones en las cuales incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores de hecho, manifiestos de autos, por equivocada apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras".

Como pruebas no apreciadas indica las siguientes: a) Cuadro de "Cartera de Agente", folios 13 a 17; b) "Cuentas de Agentes", folios 220 a 264; c) Documentos que obran a folios 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, y 47; d) Documentos de folios 21 y 22; e) Contestación de la demanda, folios 60 a 65, en la cual no se tacharon de falsos los documentos de folios 13 a 17; f) Peritazgo que obra en folios 101 hasta 108; Documentos de folios 49 a 52; h) Contestación al hecho 4º de la demanda; I) Documento de folio 19; J) La demanda, folios 1 a 12, en sus fundamentos de derecho.

Como prueba erroneamente apreciadas señala el contrato de trabajo, folios 18 y siguientes.

Los errores de hecho los hace consistir en:

1) Admitir, sin ser del caso hacerlo, que el contrato de trabajo es válido en sus cláusulas Tercera, Cuarta, literal g) y Octava; 2) No dar por demostrado, estándolo, la nulidad de estas cláusulas en cuanto por ellas el trabajador renuncia a parte de sus salarios; 3) "No expresar la consideración legal de que las cláusulas que implique renuncia de los derechos mínimos se consideran como no escritos"; 4) No dar por demostrado, estándolo, los valores de cada una de las comisiones devengadas en los respectivos días de las respectivas semanas, y de cada uno de los meses de los años de 1970, 1971, 1972, 1973 y 1974, entre el 12 de agosto de 1970 y el 9 de enero de 1974, para los efectos de la condenación por la cartera de agente; 5) No dar por demostrado, estándolo, la relación pormenorizada y auténtica de cada una de las pólizas, los nombres de cada uno de los asegurados, los valores de cada una de las primas por año, semestre o trimestre y los valores de cada una de las primas debidamente analizadas; 6) No dar por demostrado, estándolo, los valores de comisiones correspondientes a prima por pólizas vendidas que corresponden al año 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de vigencia de cada una de las respectivas pólizas colocadas y vendidas, ni las bases para deducir el monto de la Cartera de Agente; 7) Haber dado por demostrado que se puede estipular válidamente entre la compañía y el Agente que solamente se pagarán comisiones durante la vigencia del contrato de trabajo; 8) No haber dado por demostrado el derecho del demandante a recibir comisiones pendientes; 9) No dar por demostrado que el motivo por el cual fue despedido el demandante consistió en la negativa de éste de aceptar una cláusula que por desmejorar las comisiones o prestaciones pactadas violaba el artículo 2º del Decreto 837 de 1967 reglamentario de la Ley 65 de 1966, artículo 8º; 10) No considerar que existe relación de causalidad entre el no pago de los salarios por cartera del agente y el despido ilegal e injusto; 11) No dar por demostrado estándolo, que el no pago de salarios o comisiones por cartera del agente se debe a causa de un hecho ilícito e ilegal imputable al patrono, como lo es el despido del demandante; 12) No dar por demostrado, estándolo, la imposibilidad legal para el patrono de apoderarse de la cartera del agente mediante un hecho ilícito o ilegal como lo es el despido que la empresa hizo al demandante; 14) (sic) Expresar al decidir que el contrato de trabajo celebrado por las partes en la litis es perfectamente legal, desaveniendo la prueba

que establece lo contrario; 15) No expresar, debiendo hacerlo, que las causas legales anteriores invalidan las cláusulas 3ª, 4ª y 8ª de la convención individual que obra de folio 18; 16) No declarar, debiendo hacerlo, que el demandante tiene derecho a las comisiones o salarios por pólizas vendidas a cartera del agente; 17) Expresar que no había prueba de que las pólizas vendidas se hubieran renovado; 18) No expresar, debiendo hacerlo, que todas las pólizas cuyas comisiones integran la cartera del agente al momento de la terminación del contrato estaban vigentes; 19) No exigir en la convención individual el contenido de las formas de pago de comisiones pendientes, como lo exige la Ley 65 de 1966.

En relación con la incidencia de los errores de hecho en la violación de las normas indicadas como violadas dice el recurrente:

"Como consecuencia de los errores señalados el ad quem aplicó indebidamente las disposiciones señaladas en el cargo. En efecto consideró que 'el contrato de trabajo celebrado por las partes trabadas en la litis es perfectamente legal y, por consiguiente, como lo dispone el artículo 1602 del C. C., es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. En esas condiciones, si se acordó entre patrono y trabajador que las comisiones se pagarían 'únicamente' durante la vigencia del contrato, rota la relación laboral por la terminación del vínculo contractual no tiene derecho el accionante a suma distinta, por concepto de salario, que a las que fueron pactadas'. De no haber sido por los citados errores, hubiera admitido varias causas legales para la invalidación de algunas cláusulas del contrato de trabajo que aparece en autos, como son las tercera, la cuarta y la octava. Entonces hubiese considerado que las citadas cláusulas, desmejoran la situación del trabajador frente a la legislación del trabajo, y por eso son ineficaces; contienen ordenamientos que implican renuncia de los derechos mínimos consagrados en la legislación del trabajo y por eso no producen ningun efecto, al mismo tiempo que no son válidas; e igualmente hubiera decidido que había causas legales para la declaratoria de ilegalidad, anulación, infirmación, e ilicitud de las expresadas cláusulas en lo atinente a las comisiones pendientes. También hubiera decidido, que la terminación del contrato es consecuencia del despido, que el despido por ser ilícito ubicaba al patrono en imposibilidad legal de alegar que la terminación del contrato era medio de liberación del pago de comisiones pendientes, porque nadie puede sostener en su favor su propia torpeza; que había prueba en consecuencia para declarar el derecho al cobro de las comisiones pendientes; pruebas también para deducir el monto de ellas y en último caso para condenar 'in genere'; y finalmente que es imposible exigir renovación de pólizas vigentes aparte de que la demandada no había demostrado la cancelación de ninguna. Asimismo hubiera considerado que en la convención individual de trabajo es preciso que exista acuerdos de las partes sobre las formas de pago de las comisiones pendientes tal como lo ordena la Ley 65 de 1966 y su decreto reglamentario. Con las anteriores consideraciones el Tribunal hubiese condenado al pago de los salarios o comisiones pendientes. Por tanto, debe casarse la sentencia en el sentido señalado en el alcance de la impugnación."

Luego en el Capítulo que denomina "Demostración", el casacionista amplía extensamente los argumentos para sustentar que el Tribunal Superior incurrió en los errores de hecho anotados y violó las normas sustanciales a través de los mismos.

Para el opositor no hay ninguna comisión pendiente de pago que se hubiera causado antes de la terminación del contrato y que Pan American Life Insurance Company le estuviera debiendo al momento de suscribirse el recibo de 5 de febrero de 1974. Agrega "que el apoderado del actor cree que las comisiones pactadas para el caso de renovación de pólizas y que debería recibir el agente de seguros después del primer año, son comisiones pendientes, cuando eso no es así pues la comisiones se causan en el momento en que el asegurado paga las primas conforme a los términos del contrato de seguros y en el caso del señor Betancur, él no puede tener derecho a comisiones una vez terminado el contrato, pues no puede realizar las labores correspondientes para asegurar la renovación de las pólizas ni puede pretender que se

le paguen unas comisiones por pólizas que no se sabe si un cliente ha de renovar o si las renueva en virtud de gestiones que hagan otros agentes por no poder hacerlas el demandante ya que no tiene la calidad de agente de seguros al terminar el correspondiente contrato".

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre la petición para que se le pagara como daño emergente la suma de $122.181.32 por la pérdida de su cartera como agente de seguros:

"Demanda Luis Carlos Betancur, como daño emergente, la pérdida de su cartera como Agente de Seguros, por las pólizas que él vendió durante la relación laboral, de acuerdo con los documentos anexados por el mismo. Al respecto es preciso decir que el contrato de trabajo suscrito por el actor y la Pan American Life Insurance Company, que se observa a fl. 18, en su cláusula 3ª dice que la compañía pagará al AGENTE, durante la vigencia de este contrato.... En la cláusula 4ª letra j) dice que 'las comisiones de servicio se pagarán durante el tiempo en que este contrato esté en vigencia, únicamente, y por el número de años y a los porcentajes que se indican en la tabla de comisiones, en remuneración de los servicios que EL AGENTE está obligado a prestar para asegurar la renovación de las pólizas emitidas por LA COMPAÑIA'. El contrato de trabajo celebrado por las partes trabadas en la litis es perfectamente legal y, por consiguiente, como lo dispone el artículo 1602 del Código Civil, es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sin o por su consentimiento mutuo o por causas legales. En esas condiciones, si se acordó entre patrono y trabajador que las comisiones se pagarían 'únicamente' durante la vigencia del contrato, rota la relación laboral por la terminación del vínculo contractual no tiene derecho el accionante a suma distinta, por concepto de salario, que a las que fueron pactadas. En consecuencia, está conforme a derecho la absolución que el a quo hizo por ese concepto. Además no se demostró cuáles de las pólizas tuvieron su renovación, con posterioridad al retiro del trabajador".

Se considera

La acusación se fundamenta principalmente en la invalidez de las cláusulas 3ª, 4ª literal J) y 8ª del contrato de trabajo celebrado entre las partes, por ser contrarias a lo dispuesto en los artículos 8º de la Ley 65 de 1966 y 2º del Decreto 837 de 1967 e implican renuncia de derechos del trabajador. Las cláusulas mencionadas son del siguiente tenor:

"TERCERA. LA COMPAÑIA pagará al AGENTE, durante la vigencia DE ESTE CONTRATO, pero durante un período no mayor del que se indica para los diferentes planes de seguro en la tabla de comisiones y como única remuneración y compensación por todos sus servicios y gastos, las comisiones indicadas en la mencionada tabla, sobre primas realmente recibidas por la COMPAÑIA correspondientes a pólizas expedidas en desarrollo de solicitudes conseguidas por el". CUARTA. "Las comisiones de servicio se pagarán durante el tiempo en que este contrato esté en vigencia, únicamente, y por el número de años y a los porcentajes que se indican en la tabla de comisiones, en remuneración de los servicios que el AGENTE está obligado a prestar para asegurar la renovación de las pólizas emitidas por la COMPAÑIA". OCTAVA ".... Terminado el contrato, EL AGENTE no tendrá derecho a ninguna compensación distinta a la que le asigne la ley y cesará inmediatamente el pago de todas las comisiones por los seguros que haya colocado".

Coordinando las tres cláusulas se llega a la conclusión que las partes pactaron que durante la vigencia del contrato se pagarían al agente como remuneración por sus servicios las comisiones en la forma señalada en una tabla incorporada en el contrato de trabajo; que durante la misma vigencia se pagarían las comisiones según los porcentajes y por el número de años indicados en la tabla, como remuneración de los servicios que el Agente debe prestar para asegurar la renovación de las pólizas emitidas. No se presenta en estas cláusulas renuncia alguna de derechos, porque en ellas se acordó en qué forma se pagaría la remuneración al trabajador por los servicios prestados, fuese para colocar inicialmente las pólizas o para conseguir la reno-

vación de las mismas, labor que obviamente debía desarrollar durante la ejecución del contrato de trabajo. Si las pólizas se renuevan cuando el Agente colocador no está vinculado a la empresa, es claro que no hace gestión alguna para dicha renovación, no presta un servicio que deba remunerarse. Otra cosa es que existan comisiones pendientes de pago por servicios prestados con anterioridad a la terminación del contrato, pues en tal caso el trabajador tiene derecho a la correspondiente remuneración; pero no es ésta la situación contemplada en las cláusulas que se han transcrito, que establecen que no se pagará remuneración por renovaciones de pólizas hechas con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo cuando las mismas se hacen sin la intervención o gestión del Agente. No hubo, por lo tanto, renuncia de derechos por parte del trabajador demandante a su salario.

El artículo 8º de la Ley 65 de 1966 dispone que: "Las comisiones o corretajes sobre Pólizas de Seguros de Vida que las compañías pagan a sus Agentes repartidas en varios años, así como las comisiones por colocación y renovación de seguros, comerciales o generales, los corretajes pendientes, las formas de pago y demás condiciones, en el caso de retiro, deben ser acordadas entre el Agente Colocador de Seguros y las compañías en convenciones colectivas, si son sindicalizados, o en convenciones individuales, si no lo son; pero en ningún caso se podrá desmejorar las condiciones y garantías legales y extralegales en que actualmente trabaja el Agente profesional". Y el artículo 2º del Decreto 837 de 1967 preceptúa: "Las Convenciones individuales a que se refiere el artículo 8º de la Ley 65 de 1966 son los respectivos contratos individuales de trabajo. Se entienden desmejoradas las condiciones y garantías legales y convencionales que en la actualidad amparan el trabajo del agente profesional, cuando se alteran las cláusulas del contrato, de modo que se imponga aumento en las obligaciones del agente sin la correspondiente contraprestación, se disminuye el monto de las comisiones o prestaciones pactadas, y, en general, éstas y las formas de pago se varíen desventajosamente".

No encuentra la Sala que las Cláusulas del contrato firmado el 1º de julio de 1970 y a que se ha venido haciendo referencia violen las normas transcritas, porque lo que ellas expresan es que en los contratos de trabajo, cuando el Agente de Seguros no es sindicalizado, deben estipularse las comisiones por colocación y renovación de seguros, los corretajes pendientes, las formas de pago y demás condiciones, en caso de retiro, lo que se pactó por las partes como aparece en el documento de fl. 18, condiciones que no pueden desmejorarse sea aumentando las obligaciones de la gente sin la correspondiente contraprestación o disminuyendo el monto de las comisiones o prestaciones pactadas o variándolas desventajosamente, así como las formas de pago, situaciones estas últimas que no se derivan de las citadas cláusulas, porque ellas fueron las primeras pactadas al iniciarse el contrato. Y si posteriormente el documento de seis de diciembre de mil novecientos setenta y tres se modificó la forma de pago de las comisiones para incluir en las mismas el descanso dominical remunerado, la estipulación respectiva fue rechazada por el Agente y dicha modificación nada tiene que ver con la validez de las cláusulas del primitivo contrato.

En resumen: las clásulas Tercera, Cuarta literal g) y Octava del contrato celebrado el 1º de mayo de 1970 entre las partes son válidas, porque no se refieren a un desconocimiento de la remuneración por servicios prestados, ni violan los artículos 8º de la Ley 65 de 1966 y 2º del Decreto 837 de 1967.

En la demanda con que se inició el juicio la petición cuyo reconocimiento pretende el cargo se refiere al resarcimiento de los perjuicios sufridos por el demandante por la pérdida de su cartera de Agente, como daño emergente. Sin embargo la sustentación alude a un posible derecho por comisiones pendiente, por salarios que se adeudan, cambiando así la causa de la pretensión. Sin embargo no consideró la Sala que este planteamiento constituyera medio nuevo, porque el Tribunal Superior no se refirió claramente a la suma reclamada como valor de los perjuicios sufridos por el demandante por el despido injusto, y al contrario en su argumentación da a entender que se trata de una petición por comisiones insolutas.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida y por vía indirecta a consecuencia de errores de hecho originados en la falta de apreciación de algunas pruebas y equivocada apreciación de otras, de las siguientes normas sustanciales de carácter laboral: artículos 127, 172, 173, 176, 177, 186, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 8º, artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 en relación con el artículo 7º del Decreto 1373 de 1966; artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 en relación con el artículo octavo (8º) del Decreto mil trescientos setenta y tres de 1966; estas normas del Decreto 2351 de 1965, fueron adoptadas como leyes permanentes por: el Art. 3º de la Ley 48 de 1968; artículo 57 Regla 4ª, artículos 22, 23, 174 en relación con todos los artículos citados arriba sobre descanso en Domingos y festivos, artículos 5º, 13, 14, 43 y 109 del Código Sustantivo del Trabajo."

Como prueba erróneamente apreciadas indica el recurrente el dictamen pericial que obra de folios 101 a 108. Como pruebas no apreciadas señala los documentos que aparecen en los folios 222 hasta el 264 inclusive y el documento de folio 30, que debe armonizarse con los de folios 20 y 23.

Los errores de hecho los hace consistir en:

"1º) No dar por demostrado estándolo que estaba suficientemente identificada la prueba que establece los días exactos en que mi mandante percibió y devengó las comisiones por ventas".

"2º) Admitir la prueba sin ser del caso hacerlo, de que mi mandante recibía liquidaciones o pagos mensuales de comisiones".

"3º) No dar por demostrado estándolo que mi mandante en la relación jurídica que lo vinculó con la compañía demandada, nunca tuvo soluciones de continuidad, intermitencias equivalentes a un día de la semana como mínimo ni mucho menos discontinuidad en el servicio".

"4º) No dar por demostrado estándolo, que el presupuesto de derecho para deducir el valor o el monto de la remuneración dominical que le corresponde a mi mandante en este caso, consiste en determinar el día en que el señor Betancur devengó, adquirió o percibió comisiones y promediar éstas por los días laborables de la semana, y así se obtiene el resultado del valor de la remuneración Dominical o de festivos."

"5º) Considerar que el criterio de los promedios mensuales no sirve para obtener en el presente caso con prueba típica, el presupuesto del derecho al descanso remunerado en domingos y festivos.".

"6º) No dar por demostrado estándolo que en las condiciones como están las pruebas que obran en autos, hay prueba de las comisiones percibidas por mi mandante semana por semana, porque se señalan los días de las respectivas semanas en que se percibieron o devengaron las comisiones."

"7º) Guiarse el Tribunal exclusivamente por la prueba del señor perito, y en consecuencia no admitir el Tribunal un vacío en el artículo 176, ni la forma de llenar este vacio mediante cómputos aritméticos con los promedios de los valores devengados en las liquidaciones mensuales que admite el señor perito que hacía el patrono, promedios estos que permiten deducir el salario correspondiente a cada semana, y así no hacer imposible para el asalariado la prueba de la base para el cómputo del descanso dominical y no dejar en manos del empleador la no remuneración del descanso, con la exclusiva satisfacción del salario variable en períodos reguladores de pago distintos y superiores a los de cada semana (inspirado este error en que incurrió el Tribunal en el salvamento de voto que obra dentro de la casación ocurrida en juicio de Luis Lopera contra Droguería Continental)".

"8º) No admitir el Tribunal aceptando que conforme el perito hacia liquidaciones mensuales el patrono, 'cualquier método o sistema apto para demostrar lo ganado semanalmente, aunque el pago se haya realizado por lapsos superiores'. "

"8-a) No dar por demostrado estándolo el derecho que mi mandante tiene el descanso remunerado por domingos y festivos. Con la sola prueba del peritazgo aportada al proceso se establecía en forma suficiente e idónea, el elemento de convicción que daba lugar a establecer la base para liquidar los salarios de cada semana, y así el

trabajador no hubiese sido ubicado en el desastre de la pérdida de su derecho, por imposibilidad en que lo colocó el patrono de hacer efectivo su derecho, por la sola circunstancia del pago del salario por períodos superiores a los de cada semana".

"9º) No considerar debiendo hacerlo que lo que hubo fue en el peritazgo pereza, o desidia, o negligencia u omisión del señor perito, en determinar mediante un simple calendario los promedios de los salarios devengados en cada semana, pues tenía en sus manos la prueba de los días de cada semana en que mi mandante percibió, adquirió, ganó o devengó comisiones, y esa prueba estaba en los documentos aportados con la demanda y que hoy obran a folios 220 a 264 inclusive, documentos que el perito tuvo en sus manos 'hoja por hoja' ".

"10.) No admitir que los domingos inciden en la cuantía de primas, vacaciones, cesantía e indemnización".

Considera el casacionista que los errores de hecho anotados inciden en la decisión del Tribunal Superior, porque de no haber incurrido en ellos habría condenado al pago de los domingos y festivos, reajuste de prestaciones e indemnización. Luego en el acápite que denomina "DEMOSTRACION", hace un extenso análisis de las pruebas y como según su criterio la errónea apreciación de unas y la falta de apreciación de otras condujo al fallador de segunda instancia a incurrir en los errores de hecho.

Para el opositor el perito no indica cual pudiere ser el valor de los días feriados que establece la ley, individualizándolos por su fecha y cuantía, ni la cuantía semana por semana, de lo devangado por el demandante. Respecto de los documentos que se distinguen con los folios 220 a 264 dice que fueron presentados por el demandante, tratando de crear su propia prueba, y que no tienen ninguna autenticidad, ni firma alguna de funcionario de la demandada que haga verosímil su contenido. Además no se explica cómo se pueden liquidar las comisiones si el nombre del señor Betancur solo aparece en los folios 220, 225, 231 y 237.

Sobre el descanso dominical remunerado dice la sentencia acusada:

"La H. Corte Suprema de Justicia, reiteradamente, durante el último año ha sostenido que para que el trabajador cuyo salario no sea fijo tenga derecho al valor del reconocimiento y pago por concepto de dominicales y festivos, de acuerdo con los artículos 173 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en este último, debe demostrar: a) que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana, no faltó al trabajo, o que si faltó fue por justa causa o por culpa o disposición del patrono; y, b) cuál fue el salario de la respectiva semana.". Transcribe la sentencia de seis de agosto de mil novecientos setenta y cinco y continúa: "No demostró el actor haber laborado durante todos los días, en cada semana, ni tampoco cuál fue su salario promedio de la respectiva semana, razón por la cual, como bien lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en la providencia copiada, no se puede hacer condenación por concepto de la remuneración en dominicales y festivos, conforme los disponen los artículos 173 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, se revocará la condenación hecha por el a quo, por dicho concepto.".

Se considera

Los documentos que obran de folios 220 a 264 inclusive fueron presentados por la parte demandante, no están firmado por representante alguno de la entidad demandada ni fueron reconocidos como ciertos por su apoderado judicial, quien expresamente manifestó en una de las audiencias de trámite: "Desgraciadamente no estoy en condiciones de reconocer como ciertos, verdaderos, y correspondientes a los que deben obrar en los Archivos de la Cía, a los documentos de este cuaderno número dos, pero si ellos son cotejados o reconocidos por un funcionario de la compañía, tal como se solicita por el doctor Mora, no veo inconveniente en que el perito dictamine con base en ellos". Citado el Gerente en Medellín de la Pan American Life Insurance Company para que los reconociera, manifestó: "que estas hojas o mejor el ordinal se encuentra o se entrega al Agente, otra copia reposan en las oficinas de Medellín y otra en Bogotá, para poder establecer si las cifras existen debe el contador perito cotejar con los que existen en la compañía".

No se trata, por lo tanto, de documentos auténticos, por cuanto no fueron reconocidos por la parte contra quien se oponen.

Cierto es que el perito que actuó en el proceso dijo que los datos "fueron tomados de las liquidaciones traídas al proceso, las que confronté una por una, con las copias que reposan en la entidad demandada." En el supuesto de que las liquidaciones a que hace mención sean las contenidas en los documentos de folios 220 a 264, la manifestación del perito no los convierte en auténticos, y su fuerza probatoria deriva del respectivo dictamen. Es decir, que deben tomarse como una fuente del mismo, sin que sea dable apreciarlos como un medio probatorio diferente.

El documento de folio 30 aparece firmado por los señores Rafael Baquero y Enrique Arana García sin que se infiera del documento ni de las otras pruebas señaladas por el recurrente que tales personas llevasen la representación de la entidad demandada, y como no fue reconocido en la forma indicada por el Código de Procedimiento Civil, no es documento auténtico.

No siendo documentos auténticos los que el recurrente señala como pruebas no apreciadas, y por lo tanto no surgiendo error de hecho de esa falta de apreciación, le está vedado a la Corte examinar si los errores de hecho que se atribuyen al fallo recurrido se originaron en la apreciación errónea de la prueba pericial, dadas las limitaciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, según el cual: "El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico o, de una confesión judicial o de una inspección ocular".

Por las consideraciones expuestas el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria de ley sustancial por aplicación indebida y por vía indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, con los artículos 249, 306, 186, 172, 173, 174, 176, 177 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y artículo 14 del mismo Decreto. Artículos 57 Reglas 4ª, 13, 14, 43, artículos 127, 55, 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 65 de 1966, artículo 8º, en relación con el artículo 2º del Decreto 837 de 1967. Violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores de hecho, manifiestos de autos, por falta de apreciación de algunas pruebas y errónea apreciación de otras. DOCUMENTOS NO APRECIADOS: Folios 220 hasta 264 inclusive; Anexo de folios 19 en que se confiesa la deuda en la cláusula Cuarta sobre dominicales y festivos; respuesta de la demanda especialmente donde se alega la prescripción según folios 60, 61 y siguientes. DOCUMENTOS ERRONEAMENTE APRECIADOS: Documentos de folios 30 en que se reconoce los extremos de la litis; folio 18 en que se contiene la cláusula Décima; peritazgo que obra a folios de 101 hasta 108 inclusive. También fue mal apreciada la demanda que obra de folios 1 hasta 12 inclusive, sobre todo en la petición de sanción moratoria. LOS ERRORES DE HECHO FUERON: 1º). No dar por demostrado estándolo la enorme cantidad de dinero que la empresa demandada adeuda al señor Luis Carlos Betancur V., a título de salarios, comisiones o corretajes pendientes, remuneración por descansos en domingos y festivos, reajuste de cesantía, primas, vacaciones, indemnización por despido. 2º) Entender el Tribunal que la demanda sobre sanción moratoria se circunscribe a 46 días, cuando en verdad se demanda los brazos caídos desde la fecha de desvinculación del demandante 'hasta que termine el juicio y se haga el pago'. 3º) No dar por demostrado estándolo, que la empresa reconocía la deuda por remuneración del descanso en domingos y festivos, en el documento de folios 19 cuando pretendió engañar al trabajador por medio de la cláusula Cuarta, en donde le ofrecía dicho pago con el 17.50% de las comisiones del trabajador, correspondientes al servicio prestado. 4º) No haber tenido presente debiendo hacerlo, para los efectos de la sanción moratoria, de que las obligaciones cuando se declaran prescritas subsisten al menos como obligaciones naturales, y en

tal virtud son factor de convicción para los efectos de la sanción moratoria, aunque no lo sea para otros efectos como por ejemplo cuando se alega la existencia del contrato de trabajo, y se alega la prescripción por si ésta se declara. 5º) No dar por demostrado estándolo que la cláusula Décima del contrato de folio 18, no deroga el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia la sanción moratoria corre a partir de la terminación del contrato. 5ª) No considerar que el salario se incrementa con las deudas y conceptos laborales cuyo reconocimiento procede en este juicio, especialmente la remuneración por domingos y festivos, y las comisiones pendientes. 6º) No considerar debiendo hacerlo que a partir de la terminación del contrato, el no pago de los salarios por descanso en domingos y festivos constituye incumplimiento de la ley que ordena este pago, y que en consecuencia es sancionado por el artículo 65 a razón de un día de salario por cada día de retardo. 7º) No dar por demostrado estándolo, en el proceso la prueba del hecho que genera la sanción moratoria, porque se demoró el patrono para pagar la cesantía, la indemnización por despido; porque aún subsiste la prueba del hecho que genera la sanción al no haber cancelado el patrono obligaciones legales cuyo desconocimiento le está vedado, porque la ignorancia de la ley no le sirve de excusa.".

Se refiere luego el casacionista a la incidencia de los errores de hecho en la decisión del Tribunal Superior que absolvió de la indemnización moratoria y analiza las pruebas al sustentar la acusación.

Para el opositor no habiendo encontrado el fallador de segunda instancia que la compañía demandada adeudara al demandante sumas por dominicales y festivos, mal podría habérsela condenado al pago de una sanción moratoria. Estima además que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo le da validez a la cláusula décima del contrato celebrado entre las partes.

Se considera

Dice en lo pertinente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo: "Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

La norma transcrita es una conclusión lógica del artículo 57, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe al patrono deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial salvo las excepciones señaladas en la misma norma, prohibición reproducida en el artículo 140 del mismo Estatuto.

Aun cuando no existe una definición legal del derecho de retención, se puede considerar como tal en lo laboral el que tiene el patrono para mantener en su poder lo debido por prestaciones sociales mientras la justicia decide sobre la pérdida del derecho del trabajador o la responsabilidad de éste derivada de delitos. Se ha considerado que este derecho sólo existe excepcionalmente cuando la ley expresamente lo consagra. Sin embargo ante la disposición expresa el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debe concluirse que el derecho de retención puede tener origen en pactos celebrados entre patrono y trabajador dentro del marco de lo que es lícito.

No se trata en el caso en estudio de un derecho de retención de los cosagrados en la ley que haya ejercitado al patrono en relación con las prestaciones debidas como los que establecen claramente los artículos 250 y 274 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que, según la entidad demandada, se convino por las partes en el contrato de trabajo en la Cláusula Décima, que es del siguiente tenor:

"El Agente autoriza a la compañía para que en el caso de terminación del presente contrato tome 15 días para liquidarle y pagarle las comisiones y prestaciones a que tenga derecho".

No se pronunció expresamente el fallador de segunda instancia sobre la licitud de esta cláusula. Pero como manifestó "que la demandada debía pagar dentro de los quince días siguientes a la terminación del contrato", resulta claro que le dio validez. El opositor, por su parte, estima que es válida a la luz del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto esta nor-

ma exonera al patrono de la indemnización por mora cuando retiene los salarios y prestaciones debidos en los casos convenidos por las partes.

Examinada la cláusula comentada se observa claramente que ella no autoriza a ninguna especie de retención. Simplemente se acordó conceder un plazo al patrono de quince días para pagar las prestaciones sociales. ¿Es válida la concesión de ese plazo?

El artículo 65 establece que el patrono debe pagar al trabajador a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos, y que si así no lo hace, incurre en mora sancionable. En otros términos consagra el derecho del trabajador a que se paguen sus salarios y prestaciones en una fecha determinada, la finalización del contrato, y a que se le indemnice en caso de mora con una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. La ampliación del plazo pactado en el contrato de trabajo implica la renuncia del trabajador al derecho a que se le paguen sus salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y a que se le indemnice si el patrono no cumple su obligación en ese momento. Doble renuncia que es violatoria del artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo y la cláusula que la contiene no produce ningún efecto, según los términos del artículo 43 ibidem, por desmejorar la situación del trabajador en relación con lo que establece la legislación laboral.

Conviene aclarar que esta decisión de la Sala de Casación Laboral no modifica jurisprudencia alguna en la cual se le haya dado validez a acuerdos celebrados con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo contenidos en conciliaciones, artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, o en transacciones en las cuales no se ha producido renuncia de derecho ciertos e indiscutibles, artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, o porque se hubiese estimado que el patrono necesitó de un plazo prudencial para pagar los salarios y prestaciones por serle físicamente imposible hacer la liquidación de lo adecuado por esos conceptos al instante de la terminación del contrato. El supuesto específico de hecho en el caso en estudio es diferente, pues se trata, como ya se dijo, de una simple renuncia del trabajador, pactada en el contrato de trabajo, a derechos que son irrenunciables.

Ya se ha acreditado de materia notoria que el Tribunal Superior erró al reconocerle eficacia a la cláusula Décima del contrato celebrado entre las partes. Los demás errores de hecho por fundamentarse en una condena por salarios insolutos, descanso dominical y festivos que no se produjo por el Tribunal Superior y cuyo reconocimiento pretendió el recurrente a través de los dos primeros cargos, que no prosperaron, no aparecen configurados.

Prospera el cargo en los términos ya vistos, la sentencia se casará en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará de acuerdo con las siguientes consideraciones:

El contrato de trabajo que rigió las relaciones entre las partes terminó el 20 de diciembre de 1973, como aparece de la carta de folios 20, en la cual Pan American Life Insurance Company comunica al demandante que a partir de esa fecha se le ponía fin al contrato de trabajo.

A folio 28 A), aparece una fotocopia de un recibo de prestaciones sociales firmado por Betancur por la suma de $42.134.88. Como este documento fue presentado por el demandante, debe tenerse como cierta la fecha del pago de esas prestaciones ante la ausencia de otras pruebas sobre el particular.

Entre la fecha de terminación del contrato y la del pago de las prestaciones transcurr eron cuarenta y seis días; en consecuencia la indemnización por mora asciende a una suma igual a 46 salarios diarios, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El Tribunal Superior tomó como salario diario para liquidar la indemnización el de $307.73, sin que dijera cómo obtuvo dicho promedio. El fallador de primer grado liquidó con base en un salario diario de $366.09, promedio diario de lo devengado en el año de 1974, incluyendo posibles feriados. Este factor de liquidación se desechará por cuanto el salario no puede incrementarse con el valor de los descansos, dominicales y festivos remunerados, que no fue reconocido dentro del juicio.

De acuerdo con el dictamen pericial, folio 108, el demandante recibió por comisio-

nes en el mes de diciembre de 1973 la cantidad de $6.849.97. Agregando a esta suma lo recibido por el mismo concepto en el mes de enero de 1974, $2.632.60, cuando ya había terminado el contrato de trabajo, se obtiene un total de $9.482.57. Como Betancur prestó sus servicios en diciembre durante veinte días, el promedio del último salario diario es de $474.12. Multiplicando esta cifra por 46, número de días en que el patrono incurrió en mora, se obtiene una indemnización moratoria de $21. 808.52 a cuyo pago se condenará a Pan American Life Insurance y Pan American de Colombia -Compañía de Seguros S. A. Se accede así a la petición subsidiaria de la demanda inicial que dice: "G. Indemnización moratoria o de 'brazos caídos' en relación a cuarenta y seis (46) días que demoraron las empresas demandadas en pagarme la liquidación de mi contrato de trabajo, liquidados sobre la base de $9.232.00 M/cte., valor del último promedio mensual o del que resulte acreditado dentro de este proceso. Esta petición la formulo en subsidio de la anterior."

Y no se accedió a la principal que versa sobre la indemnización moratoria hasta cuando se verifique el pago de los conceptos demandados en el juicio, porque éstos no fueron reconocidos en el proceso, ni en el recurso extraordiamrio.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, el día diez de marzo de mil novecientos setenta y seis, en cuanto condenó solidariamente a las Compañías demandadas a pagar a Luis Carlos Betancur Velásquez la cantidad de $4.308.26 por indemnización moratoria, y en sede de instancia modifica el fallo de primer grado en relación con la misma condena, la cual quedará así: CONDENASE a las Compañías Pan American Life Insurance Company y Pan American de Colombia -Compañía de Seguros S. A. a pagar solidariamente al señor Luis Carlos Betancur Velásquez la cantidad de veintiún mil ochocientos ocho pesos con 52/100 ($21.808.52) por indemnización moratoria. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

RETENCION DE SALARIOS SIN AUTORIZACION ESCRITA PARA ELLO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo diez de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 9).

Tránsito Ramírez de González demandó por medio de apoderado judicial a la Sociedad Caro y Díaz Plaza Ltda., para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía se la condene a pagarle lo siguiente: Los salarios retenidos por la demandada durante la relación laboral; el valor de los dominicales y festivos trabajados y sin recibir compensación con un descanso en otro día de la semana; reajuste del auxilio de cesantía y de las primas de servicio, teniendo en cuenta el nuevo salario que resulte; vacaciones en la forma establecida por la ley; indemnización por despido injusto e ilegal; indemnización moratoria por no pago oportuno de salarios; reajuste de la pensión de jubilación con base en el salario que resulte, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Tránsito Ramírez de González fue contratada Por Caro y Díaz Plaza Ltda., el 13 de mayo de 1946 para que prestara sus servicios personales como aseadora y portera-celadora del edificio ubicado en la carrera 4ª Nº 13-65 de Bogotá; en el año de 1946 recibió como salario en dinero la suma de $50.00 mensuales y en especie el goce de una pequeña pieza de 9 metros cuadrados como vivienda y con el objeto de que pudiera cumplir a cabalidad sus funciones de portera-celadora; su último salario fue de $ 420.00 mensuales y continuó ocupando la misma pieza que venía habitando desde 1946; fue despedida injusta e ilegalmente el 15 de febrero de 1972. Con el objeto de burlar el salario mínimo legal, la sociedad demandada comenzó a descontarle a Tránsito Ramírez de González un precio de arrendamiento cada vez más elevado según la fijación de la cuantía del salario mínimo, en forma tal que del último salario de $420.00 se le descontaban $180.00 por el arrendamiento. A la demandante se le adeudaba el valor de los conceptos pedidos en el libelo inicial.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Caro & Díaz Plaza Ltda., negó los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: prescripción, pago y compensación. Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis, por medio de la cual declaró probadas las excepciones de prescripción y pago; condenó a la Sociedad Caro & Díaz Plaza Ltda., a pagar a Tránsito Ramírez de González la suma de ciento cincuenta y ocho pesos con 08/100 por concepto de vacaciones proporcionales; la absolvió de las demás súplicas y la condenó en un 70% de las costas.

Apeló la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en fallo de veinticuatro de abril de 1976 confirmó el de primer grado, con costas de la segunda instancia a cargo de la apelante.

Recurrió en casación el apoderado de Tránsito Ramírez de González. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el recurso extraordinario se decidirá previo estudio de la demanda respectiva y del escrito de réplica presentado por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Pretende el casacionista: "que la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente proceso, sea CASADA TOTALMENTE por la Honorable Corte Suprema de Justicia, por cuanto al confirmar la sentencia del Tribunal Superior, en todas sus partes, la sentencia de primer grado, mantuvo la decisión del Juez de primera instancia en lo que respecta a los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo de primer grado. Una vez constituida la H. Corte en Tribunal de instancia se servirá revocar los numerales, 1º, 3º y 4º y modificar el 2º, del fallo proferido por el a quo, confirmado por el ad quem y en su lugar dictar fallo condenando a la sociedad a todos los pedimentos de la demanda condenando en costas en ambas instancias a la parte demandada.".

Presenta el impugnador un cargo único que enuncia así:

"Acuso a 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 a causa de indebida aplicación de los artículos siguientes: 22, 23, 24, 27, 28, 43, 55, 57 numeral 4º, 59 numeral 1º y 64, modificado este último por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; 127, 65, 132, 138, 249, 172, 173, 174, 177, 360 y 253, modificado este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965; 186 y 189, modificado este último por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965; 260; artículos todos ellos correspondientes al Código Sustantivo del Trabajo. Como también los artículos 12 y 13, y 7º del Decreto 2351 de 1965, decreto este adoptado como norma permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968; artículos 8º y 7º de la Ley 171 de 1961; artículos 59, 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1º (de la Ley 30 de 1966), por el artículo 1º del Decreto-Ley 3041 de 1966 y artículo 2º de la Ley 7ª de 1967, que igualmente por el artículo 3º de la Ley 10 de 1972. La violación indirecta anotada se debió a que el sentenciador incurrió en ella a causa de haber cometido los siguientes errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en autos y que son los siguientes: 1. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada retuvo del salario de la demandante, aduciendo arrendamientos, sumas de dinero durante todo el tiempo que duró la relación laboral. 2. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante en atención a las funciones de su cargo de celadora-portera, le era necesario vivir en el lugar de trabajo. 3. No dar por demostrado estándolo, que las funciones de la demandante eran continuas e ininterrumpidas, durante todos los días de la semana, incluidos los domingos y festivos. 4. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante todos los días de la semana tenía la obligación de abrir y cerrar la puerta del edificio a ella encomendada a los vivientes y visitantes. 5. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante no tuvo ningún descanso en días domingos y festivos, durante la vigencia del contrato de trabajo. 6. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante fue despedida en forma unilateral, ilegal e injusta, pues no se invocó motivo válido legalmente por parte de la demandada, ni se sometió al procedimiento que la ley dispone en forma específica. 7. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada no ha pagado a la demandante el valor correspondiente a la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo. 8. No dar por demostrado, estándolo, que en forma injustificada y de mala fe y sin existir motivo razonable que excuse el incumplimiento la demandada ha estado y continúa estando en mora de pagar a la demandante la totalidad de los salarios y prestaciones sociales, causados a favor de esta última desde la fecha de terminación del contrato de trabajo. 9. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante tiene el derecho al pago de la pensión de jubilación, en forma vitalicia. 10. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante no recibió de la demandada el valor de los domingos y festivos trabajados. 11. No dar por demostrado estándolo, que la demandada no pagó a la demandante el salario mínimo legal. 12. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada retuvo en forma injusta e ilegal salarios a la demandante. 13. Dar por demostrado, sin estarlo, que los arrendatarios del inmueble encomendado a la demandante tenían cada uno

de ellos llave de la puerta de acceso al edificio. 14. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante tenía suscrito con la demandada un contrato de arrendamiento. 15. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada tenía un salario en especie, correspondiente a una pequeña vivienda que ella habitaba dentro del inmueble encomendado a su cuidado. 16. No dar por demostrado, estándolo, que el valor del salario en especie fue tasado parcialmente en la suma de $350.00 a título de canon de arriendo mensual. 17. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada adeudaba a la demandante cesantías, vacaciones y primas de servicio, en parte. 18. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada adeuda a la demandante la pensión de jubilación en la forma ordenada por la ley. 19. Dar por demostrado, sin estarlo la buena fe de la demandada en lo relacionado con pago y liquidación de prestaciones sociales. Los errores de hecho anotados fueron cometidos por la apreciación errónea de algunas pruebas, por la no apreciación de otras, de acuerdo a la siguiente relación: Pruebas erróneamente apreciadas: a) La demanda del proceso (fls. 2 a 5). b) Contestación de la demanda (fls. 10 y 11). c) Inspección Judicial (fls. 69 a 72). d) Testimonio de Irma Sánchez Villamil (fls. 27 a 29). Pruebas no apreciadas: a) Interrogatorio de parte absuelto por el representante de la demandada. Partida de bautismo (fl. 95)). Acta de la Regional del Trabajo de Cundinamarca Nº 64 de abril 18 de 1972 (fl. 6) y dictamen pericial (fl. 64). c) Testimonios rendidos por Luis Enrique Rodríguez Chicamocha (fls. 31 a 33); por Jorge E. Morales Leguizamón (fls. 37 a 39) y María Lastenia Chicamocha Salamanca (fls. 42 a 44). En relación con la prueba testimonial decretada, el cargo incluye su impugnación, por estar la sentencia impugnada o recurrida apoyada también en ella, pero para efectos de la técnica del recurso se demostrará primero la acusación contra las pruebas calificadas para la casación por la vía del error de hecho, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y luego contra las pruebas no aptas para ello, conforme lo tiene aceptado la Jurisprudencia de esa Honorable Sala, en sentencia de octubre 6 de 1972 (Proceso de Alberto Ramírez contra Sonolux Ltda.)".

En la sustentación del cargo, bajo los epígrafes "Salarios Retenidos", "Dominicales y festivos", "Reajustes de cesantías, primas y pensión de jubilación", "Vacaciones", "Indemnización por despido injusto e ilegal", "Indemnización moratoria", el recurrente hace un análisis probatorio para demostrar la existencia de los errores de hecho y su incidencia en la violación de las normas sustanciales que consagran los derechos cuyo reconocimiento pretende a través del recurso extraordinario.

Para el opositor la demanda no señala el concepto de la violación de la ley; hace algunas observaciones al análisis hecho por el recurrente de las pruebas que considera erróneamente apreciadas o no apreciadas, y estima que no indicó el cargo las normas sustanciales que consagran los derechos a que se refieren los acápites de su Demostración.

Se considera

Cuanto a la observación del opositor de que en el cargo no se indicó el concepto de la violación de las normas sustanciales, claramente se observa que el recurrente señaló como tal la aplicación indebida a través de errores de hecho de las normas sustanciales que consagran los derechos del trabajador al salario, remuneración por trabajo en domingos y días de fiesta, auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones y jubilación.

La acusación, que comprende distintos errores de hecho y la incidencia de los mismos en diferentes normas sustanciales, se estudiaría en el orden propuesto por el impugnador.

Salarios retenidos. El error de hecho consistente en no haber dado por demostrado el Tribunal Superior que la sociedad demandada retuvo en forma injusta e ilegal salarios de la trabajadora, lo hace derivar el recurrente de la apreciación errónea de la contestación de la demanda en la cual se afirmó que la señora Tránsito Ramírez celebró con el patrono demandado un contrato de arrendamiento cuyos cánones pagaba con parte del salario recibido deduciéndose directamente según su autorización (fl. 10) y de la inspección judicial,

folio 71, en la cual se constató que del salario mínimo pactado se le dedujo a la demandante la suma de $180.00 mensuales desde enero de 1969 hasta la primera quincena de 1972 sin que apareciera en los documentos presentados comunicación de la trabajadora a la sociedad autorizando los descuentos.

No es necesario hacer mayor esfuerzo para deducir de las pruebas anteriores que la sociedad demandada descontó del salario de la trabajadora la suma de $180.00 mensuales desde el mes de enero de 1969 para pagar el precio del arrendamiento, sin que existiera autorización escrita para ello, en contra de lo dispuesto en los artículos 59, ordinal 1º y 149, que el recurrente señala como violados.

La testigo Irma Sánchez Villamil, en la cual se apoya el Tribunal para encontrar demostrada la existencia de un contrato de arrendamiento entre las partes, se limitó a decir que la señora Tránsito Ramírez: "Vivía en el mismo edificio y pagaba un arrendamiento de $180.00 mensuales", declaración que no se opone a lo afirmado en la contestación de la demanda y constatado en la inspección ocular o judicial que dicho pago se hacía mediante deducción o retención del salario devengado por la demandante. Examinó la Sala esta prueba testimonial, por cuanto surgió error de hecho de la apreciación errónea de pruebas contempladas en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, conformándose así a la jurisprudencia reiterada de la Corporación sobre este particular.

Acreditando que el Tribunal Superior no dio por demostrado, estándolo, que la demandada retuvo en forma injusta e ilegal salarios de la demandante, prospera el cargo en este aspecto de la acusación.

Dominicales y festivos. El error de hecho consistente en no haber dado por demostrado el fallador de segunda instancia que la demandante trabajó en los domingos y días de fiesta, lo fundamenta el casacionista en la falta de apreciación de los testimonios rendidos por Luis Enrique Rodríguez Chicamocha, Jorge E. Morales Leguizamón y María Lastenia Rodríguez. Como el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dispone que solo será motivo de casación laboral el error de hecho cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, no le es dable a la Corte, en el caso que se estudia, examinar si el error de hecho que se le atribuye al Tribunal Superior tuvo su origen en la falta de apreciación de la prueba testimonial, que no está incluida en la norma citada.

No habiéndose acreditado el error de hecho anotado, no prospera el cargo en este aspecto de la acusación.

Reajuste de cesantía, primas y pensión de jubilación. Al sustentar el cargo en relación con los conceptos incluidos en el epígrafe, censura el impugnador la forma superficial cómo el Tribunal se refirió a los mismos, pues se limitó a decir que el poder conferido por la parte actora no faculta para pedir los reajustes referidos. Luego dice que habiéndose demostrado que el salario en dinero fue de $420.00 mensuales y que el trabajo en especie consistente en la habitación fue tasado en $350.00 mensuales, concluye que las prestaciones sociales han debido liquidarse con base en un salario mensual de $770.00.

Ahora bien: El Tribunal Superior dio por demostrado que el último salario de la señora Tránsito Ramírez de González fue de $420.00 en dinero y que habitaba una pieza en el edificio en donde prestaba sus servicios en virtud de un contrato de arrendamiento. Esta conclusión no la desvirtúan las pruebas señaladas por el recurrente como erróneamente apreciadas, porque no es contrario a la misma que la prima de servicios se hubiese liquidado precisamente con base en un salario de $420.00, ni que el uso de la pieza que habitaba la demandante tuviese un valor de $350.00 mensuales, pues ninguna de esos medios probatorios acredita notoriamente que las partes acordaron que el salario sería parte en dinero y parte en especie.

No se configura el error de hecho que se le atribuye al Tribunal Superior. Por lo tanto es innecesario examinar si el fallador de segunda instancia apreció erróneamente el poder y la demanda al considerar que esta última no se ajustaba estrictamente a los términos del mandato.

No prospera el cargo en el aspecto propuesto.

Vacaciones. En relación con este punto el casacionista se limita a decir que del

acta de la Inspección Judicial se desprende un pago inferior por concepto de vacaciones disfrutadas y que de la misma se deduce que la cuantía que señaló el fallador por la no disfrutada es superior a $158.08. Esta simple afirmación del recurrente no indica en qué consistió la errónea apreciación de la prueba. Además no ve la Sala como con base en un salario mensual de 420.00 la compensación por vacaciones no disfrutadas en el período comprendido entre el 13 de mayo de 1971 y el 15 de febrero de 1972, pueda exceder de $158.08.

Indemnización por despido injusto e ilegal. El fallador de segunda instancia consideró que corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al demandado su justificación. El impugnador se refiere a la manifestación de la parte demandada sobre que la señora Tránsito Ramírez de González se retiró voluntariamente, correspondiéndole la carga de la prueba, y a la que hizo el apoderado de esta última en la demanda de que fue despedida injusta e ilegalmente, y dice que no es concebible que una persona que ha trabajado más de 25 años renuncie de su cargo intempestivamente y que debe tenerse en cuenta que el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en relación con el literal a) del mismo, dispone que es justa causa para la terminación del contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión al trabajador, caso en el cual se requiere un preaviso no inferior a 15 días.

Ahora bien: la jurisprudencia de esta Sala de la Corte es reiterada en cuanto exige al trabajador la prueba del despido y al patrono su justificación, por cuanto quien invoca el incumplimiento del contrato debe probarlo, pues dicho incumplimiento da origen a la indemnización correspondiente. En el caso en estudio las pruebas no acreditan tal circunstancia y en consecuencia no incurrió en evidente error el Tribunal al no dar por demostrado el despido injusto de la demandada.

Por lo expuesto no prospera el cargo en este aspecto de la acusación.

Indemnización moratoria. El Tribunal Superior estimó que de los autos fluía la certeza de que la entidad demandada procedió de buena fe con respecto al pago y liquidación de las prestaciones correspondientes a la trabajadora demandante cuando terminó el contrato de trabajo. Por su parte el casacionista considera que del acervo probatorio se deduce ciertamente, mala fe del ex-patrono, quien le liquidó la totalidad de salarios y prestaciones sociales a la demandante y argumenta: "Está probado que de los salarios el ex-patrono retuvo una suma apreciable de dinero, hasta el punto de que con ello se afectó el salario mínimo legal; igualmente, por concepto de cesantía la demandada sólo pagó parte muy irrisoria de lo que realmente debía a la actora; las primas de servicio y las vacaciones no le fueron reconocidos en legal forma. De igual manera el ex-patrono no tuvo en cuenta para liquidar prestaciones sociales el salario en especie, a que nos hemos referido en punto aparte. Si el H. Tribunal hubiese apreciado correctamente las pruebas que tuvo en cuenta y no hubiese desconocido las pruebas que en tiempo se decretaron y practicaron, ciertamente la sociedad demandada hubiese sido condenada al pago de todas y cada una de las peticiones de la demanda".

Como puede observarse el recurrente se limita a afirmar que se encuentra probados ciertos hechos que según su criterio demuestran mala fe de la sociedad demandada. Pero no indica cuáles fueron las pruebas que por su falta de apreciación o por haber sido apreciadas erróneamente llevaron al fallador de segunda instancia a dar por demostrada la buena fe del patrono demandado y en no dar por acreditada la mala fe del mismo. Esta omisión es suficiente para que no prospere este aspecto de la acusación, porque la Corte no puede examinar oficiosamente las pruebas para determinar si surge el error de hecho cuando el impugnador no indica en qué consistió la defectuosa apreciación de unas ni cómo, de haber sido apreciadas otras, habría llegado a una conclusión opuesta.

Consideraciones de instancia

En el acta de la Inspección Judicial practicada sobre los libros de la sociedad demandada, se dejó constancia de que en los libros corrientes se le abonaba a la señora Tránsito de González la suma de noventa pesos ($90.00) quincenalmente, por concepto de vivienda. Esta suma se le descontaba del salario según su autorización, co-

mo lo aceptó el apoderado judicial de Caro & Díaz Plaza Ltda., autorización que no se demostró hubiese sido por escrito. Como el ordinal 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe a los patronos deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios en dinero de los trabajadores, "sin autorización previa escrita de éstos para cada caso", prohibición repetida en el artículo 149 del mismo estatuto, el descuento que hizo la sociedad demandada es ilícito y en consecuencia está obligada a reintegrar a la trabajadora Tránsito de González las sumas deducidas a partir del mes de enero de 1969 hasta la primera quincena de enero de 1972, período durante el cual se hizo la deducción (folio 71).

Como el demandado propuso la excepción de prescripción, se declarará prescrito el derecho de la demandante a los salarios que se hicieron exigibles con anterioridad al 12 de junio de 1969, por cuanto la demanda fue presentada el 12 de junio de 1972 (fl. 5 vto) y admitido el 15 del mismo mes (fl. 17) y notificada a Caro & Díaz Plaza Ltda., el 19 de junio de 1972, interrumpiéndose así la prescripción de tres años establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Esta prescripción comprende el derecho a los salarios deducidos con anterioridad a la primera quincena de junio de 1969, por el pago quincenal. Los que corresponden de la primera quincena de junio hasta la primera quincena de enero de 1972 ascienden a la cantidad de cinco mil seiscientos setenta pesos ($5.670.00) m. l. A pagar esta suma se condenará a la sociedad 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 veinticuatro (24) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto confirmó la absolución de la petición sobre pago de salarios retenidos que hizo el fallo de primer grado, y en sede de instancia.

Resuelve:

1º REVOCASE dicha absolución y en su lugar CONDENASE a la Sociedad Caro & Díaz Plaza Ltda., a pagar a la señora TRANSITO RAMIREZ DE GONZALEZ la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS ($5.670.00) m. l., por concepto de salarios retenidos.

2º DECLARASE probada la excepción de prescripción en relación con los salarios retenidos con anterioridad a la primera quincena de junio de 1972.

NO SE CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ALCANCE DEL ART. 4º DEL DECRETO 2127 DE 1945

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo dieciocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 12).

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, José Vicente Peláez Devia, mayor de edad y de esta vecindad, demandó, por intermedio de apoderado al Departamento de Cundinamarca y al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, se les condenase solidariamente a pagarle las sumas que se probaron por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones e indemnizaciones moratoria.

Como fundamentos de esas peticiones afirmó que había prestado servicios al Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, con el cargo de Topógrafo del Grupo de Estudios y Diseños de esa Secretaría, desde el 16 de marzo de 1964 hasta el 16 de marzo de 1970, fecha en la que se retiró por renuncia. En el momento de la desvinculación devengaba un salario fijo de $2.300.00 mensuales y viáticos permanentes por valor de $800.00, también mensuales, y durante todo el tiempo de servicios estuvo dedicado al mantenimiento y sostenimiento de las Obras Públicas de Cundinamarca. Agotó el procedimiento gubernativo y no le han sido cubiertas las sumas que reclama.

El Departamento se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos y manifestando atenerse a lo que resulte demostrado.

Tramitada la litis, el Juzgado del conocimiento la desató, en sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, absolviendo a las entidades demandadas de todos los cargos contra ellas formulados y absteniéndose de hacer condenación en costas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandante, confirmando la decisión del a quo e imponiendo las costas de la alzada al recurrente.

Contra el fallo anterior, proferido el veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y seis, ha recurrido en casación el mismo procurador judicial. Como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y lo ha admitido la Corte, se procede a resolverlo mediante el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

El recurso

Aspira a que la sentencia sea casada en su totalidad y a que la Corte, en la sede subsiguiente, revoque la del Juzgado y, en su lugar, condene a las demandadas conforme a las peticiones del libelo inicial.

Para lograr tal propósito, con apoyo en la causal primera de casación, se formula el siguiente cargo:

Cargo único

La sentencia viola indirectamente los artículos 1º, 11, 17, literal a), y 22 de la Ley 6ª de 1945; 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; 4º y 52 del Decreto 2127 de 1945; 2º de la Ley 72 de 1931; 1º del Decreto 1054 de 1938; 1º del Decreto 797 de 1949; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 3º, literal a), y 43, ordinal 3º, del Decreto 1848 de 1969, a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el fallador por no haber dado como demostrado, estándolo, "que entre el demandante y la entidad demandada exis-

tió un contrato ficcionado de trabajo". Tal error provino de la errónea apreciación de la documental visible a folios 31 y 45 del expediente.

Al desarrollar el ataque el censor aduce que la referida prueba es un documento público y, por lo tanto, auténtico. Y que fue equivocadamente apreciada al no aceptar el juzgador la evidencia de que si el demandante prestó servicios a la Secretaría de Obras Públicas, como Topógrafo, su relación fue de carácter contractual, por encontrarse dentro de uno de los eventos de excepción previstos en la ley.

Cita jurisprudencias de esta Sala sobre el tema y a continuación afirma que en las mismas condiciones en ellas contempladas está el Topógrafo, "es decir, que su vinculación es de carácter contractual, así sus labores no sean predominantemente materiales".

Concluye la acusación haciendo referencia a la incidencia del error en las violaciones de ley que afirma y de éstas en la parte resolutiva del fallo.

Para resolver se considera

El Tribunal examina la prueba a que se refiere el impugnador y de ella deduce el tiempo de servicio, la remuneración y el cargo desempeñado por el demandante, o sea el de Topógrafo de la División de Servicios de la Secretaría de Obras Públicas.

En seguida consigna el siguiente razonamiento:

"Tiene el demandante el carácter de topógrafo, la persona que se dedica a la topografía y ésta significa el arte de representar gráficamente un lugar sobre el papel, con todos los accidentes de la superficie de un terreno de no grande extensión. En una palabra, el que rectifica y hace trazados. Aquí se necesitaría saber si es o no residente de las obras o si se trata de un trabajador de oficina. Empero, por el certificado adjuntado, el reclamante perteneció a la Sección de Estudios y Diseños, no vinculado a las obras públicas propiamente dichas. Es el mismo caso del contador o auditor de Obras.

"Nuestro estatuto laboral entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción.

"El Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, amplía a la construcción o sostenimiento de las obras públicas, como norma de excepción, las relaciones entre los empleados públicos y la administración en general.

"En este proceso no logró demostrar el demandante encontrarse dentro de la excepción prevista por el artículo 4º del decreto antes citado, con la conservación, sostenimiento de las obras públicas del Departamento de Cundinamarca.

"En estas condiciones, el reclamante prestó sus servicios al Departamento con el carácter de empleado público, no encontrándose dentro de la excepción estudiada, por falta de demostración de la existencia de un contrato de trabajo, es pertinente absolver a las entidades demandadas y así se dirá en la parte resolutiva de esta sentencia.

"En la copia de la sentencia acompañada, se trata de un cadenero, que resultó vinculado a la administración por un vinculo contractual de trabajo, dedicado directamente a la construcción y al sostenimiento de las obras, que encaja perfectamente dentro de las excepciones previstas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

"Ahora, posiblemente el cadenero demostró estar vinculado con la obra dentro del proceso y dentro del presupuesto directo de las diferentes obras departamentales, que difiere de la situación del caso en estudio."

De los documentos señalados como mal apreciados no es posible hacer deducciones distintas de las que hizo el Tribunal. Además, no acreditan ellos que el demandante Peláez Devia, en su condición de Topógrafo, fuera "residente de las obras públicas o si se trata de un trabajador de oficina". Esas pruebas, pues, no fueron erróneamente estimadas ni surge de ellas el error de hecho imputado.

El sentenciador hace esta otra inferencia: como "el reclamante perteneció a la Sección de Estudios y Diseños, no estuvo vinculado a las obras públicas propiamente dichas". De tal apreciación tampoco emana error de hecho evidente ni fue ella

objeto del ataque; por el contrario, la comparte el recurrente cuando acepta que las labores desarrolladas por su representado no eran predominantemente materiales.

Lo que en verdad acontece es que el impugnante y el juzgador están de acuerdo en lo relacionado con las cuestiones fácticas del litigio. La discrepancia gira alrededor del sentido o alcance dado al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, al exigirse el trabajo en las obras para efectos de calificar el vínculo como contractual y no admitirse que se ejecute, en relación con esas obras, desde una oficina.

La censura, por tanto, debió plantearse por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, y no por el camino escogido, que resulta inadmisible.

No obstante, como la sentencia contiene fundamentos equivocados, la Sala, en desarrollo de su misión de unificar la jurisprudencia, debe hacer la correspondiente rectificación, y para ello reproduce su sentencia de 31 de marzo de 1964, citada por el recurrente.

".....la sentencia acusada se funda en la consideración de que como las funciones desempeñadas por el actor fueron directivas y de carácter administrativo, no se rigen por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en sus preceptos exceptivos, pues en su opinión, cuando se trata de la construcción o sostenimiento de obras públicas de la Nación o de las demás entidades secundarias de derecho público, se requiere, para que haya contrato de trabajo entre el servidor oficial y la administración pública, que aquél desempeñe labores de índole material, exclusivamente".

"Dice la citada norma en lo pertinente:

" 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal, no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas....'. La Sala considera que el personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pública de la Nación o de las entidades secundarias de derecho público queda comprendido dentro de la indicada excepción, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza. La previsión del Decreto no hace distinción alguna sobre la calidad de las funciones que desempeñe el empleado vinculado a la obra pública, ni da base para hacer la clasificación de que habla sentencia. La tesis del fallador revive la antigua distinción entre empleado y obrero desechada por el derecho del trabajo, pues daba lugar a un tratamiento discriminatorio, ya que con base en ella no se otorgaban iguales derechos a uno y a otro, colocando al obrero en situación de inferioridad. No es ese el pensamiento que inspira el derecho social en la actualidad, sino el de conceder al trabajo humano, que es lo fundamental, la misma protección, como lo ordenan preceptos de la Carta Política, cualquiera que sea la condición de quien lo preste y el mérito o la importancia de la labor. El concepto del sentenciador restringe el contenido de la norma, limitando sus efectos, y, por consiguiente, contraría su recto y cabal entendimiento". (G. J. Tomo CVI. Número 2271. Pág. 521).

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo seguido por José Vicente Peláez Devia contra el Dpto. de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

LA PRUEBA DE CONFESION. APRECIACION ERRONEA

Prueba pericial

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo dieciocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5739).

(Acta Nº 13).

Germán Izquierdo Serrano, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 17'159.019 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a la sociedad Texas Petroleum Company para que fuera condenada a pagarle remuneración de trabajo extraordinario diurno y nocturno, labores en dominicales y festivos, retribución de trabajo nocturno, reajuste, de cesantía, vacaciones, primas de servicios e indemnización por despido, la indemnización por falta de pago y las costas del juicio.

Los hechos fueron relatados así:

"1º El señor GERMAN IZQUIERDO, fue enganchado por la Empresa demandada el día 11 de septiembre de 1967.

"2º El contrato de trabajo fue roto en forma unilateral por la Empresa el día 16 de octubre de 1970.

"3º La terminación del contrato por la demandada fue indemnizada tomando como base un salario irreal.

"4º El salario base tomado para liquidar las prestaciones sociales del actor y la indemnización mencionada anteriormente no incluyó el salario devengado por el actor en especie, ni el causado por trabajo nocturno, extra, dominicales y festivos.

"5º En el momento del rompimiento unilateral del contrato de trabajo por parte de la empleadora, la demandada reconoció un salario promedio de DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS mensuales ($2.385.00) M/cte, menor del promedio verdadero.

"6º Al trabajador no se le han pagado salarios por concepto de trabajo suplementario en horas extras diurnas y nocturnas, reconocidos documentalmente por la demandada.

"7º La demandada no ha pagado al trabajador, salarios por trabajo en dominicales y festivos.

"8º La empresa demandada no ha solucionado al actor salarios por concepto de trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno.

"9º La demandada adeuda al actor algunos valores por concepto de cesantías, primas y vacaciones."

El apoderado de la sociedad demandada se opuso a todas las pretensiones contenidas en el libelo, solicitó condenación en costas para el actor, propuso excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, carencia de acción, prescripción y la genérica, y contestó los hechos así:

"1. Sí, es cierto.

"2. Es cierto.

"3. No es cierto en la forma que está redactado. Al extrabajador se le liquidó la correspondiente indemnización con base en su último sueldo, como consta en la boleta de retiro de servicio.

"4. No es cierto.

"5. No es cierto en la forma que está redactado.

"6. No es cierto en la forma que está redactado.

"7. No es cierto.

"8. Es cierto pero aclaro que mi representada no está obligada a ese pago.

"9. No es cierto."

El Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 7 de junio de 1976, condenó a la sociedad demandada a pagar $ 268.38 por trabajo en dominicales y festivos, $34.16 por reajuste de vacaciones, $229.76 como reajuste de la indemnización por despido, $79.50 diarios a partir del 16 de octubre de 1970 y hasta cuando se cancele la condena por trabajo en dominicales y festivos, a título de indemnización moratoria, y el 80% de las costas del proceso; y absolvió a Texas Petroleum Company de las demás pretensiones de la demanda. De la providencia apeló el apoderado de la sociedad.

El Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, en sentencia de 5 de agosto de 1976, revocó el fallo apelado, absolvió a Texas Petroleum Company de todas las peticiones de la demanda formulada por Germán Izquierdo Serrano, y condenó al actor en las costas de ambas instancias. El apoderado del trabajador interpuso contra la sentencia del ad quem, recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Contiene un solo cargo, apoyado en la primera causal de casación, que será estudiado junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El acusador pretende que se case totalmente la sentencia recurrida, para que se confirmen los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia del a quo y se condene al demandante en las costas de ambas instancias.

El cargo

Dice el recurrente:

"ACUSO la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, al haber incurrido el juzgador de segunda instancia en manifiesto ERROR DE HECHO cuando apreció el documento auténtico a que se contrae el experticio (fls. 58 a 68 cuaderno 1) y cuando apreció la confesión provocada obrante a fl. 36.

"Señalo como ley sustancial indirectamente y violada, al dársele indebida aplicación, la siguiente: Decretos 2863 y 3740 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), artículos 172, 179 (modif. por Decreto 2351 de 1965, artículo 12) en relación con los artículos 177, 180, 181, (mod. Decreto 2351 de 1965, artículo 13) y con el artículo 57, nums. 4º y 9º, así como en los artículos 59 nums. 1 y 149 ibidem. Y con la Ley 48 de 1968, artículo 3º. Igualmente se violó como norma sustancial de fin, el artículo 129 y el artículo 134 Código Sustantivo del Trabajo, asimismo los artículos 186 y el 188 (mod. Decreto 2351 de 1965, artículo 14), el artículo 192 (mod. Decreto 617 de 1954, artículo 8º), el artículo 64 (modif. Decreto 2351 de 1965, artículo 8º, nums. 1º, 2º y 4º) y el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Del Código Procesal del Trabajo (Decreto Ley 2158 de 1948) se violaron así los artículos 51, el 61, y del Código de Procedimiento Civil, el artículo 279, en relación con los artículos 252, al 253, el 264 y el 277 ibidem.

"Por tener intima relación con las acabadas de relacionar se violaron también, como infracciones legales de medio:

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 2º, 3º, 9º, 13, 14, 16, 19, 21, 23, 25, 27, 54, 55 (concordantes con el artículo, 1603 del Código Civil), 107, 127, 138, 141, 168, 183, 185; del Código Procesal del Trabajo, los artículos 1º, 40, 48, 58, 60; del Código de Procedimiento Civil los artículos 194, 197, 200, 175, 177, 235, 241, en armonía con el artículo 145 del C. de P. L.

"Conforme se anotó la violación de las mencionadas disposiciones legales de medio y de fin-integrantes de la proposición jurídica- se produjo indirectamente, con base en errores de hecho, mediante las cuales dio el ad quem indebida aplicación a tales normas y consecuencialmente procedió a absolver a la entidad demandada de las pretensiones impetradas, cuando lo adecuado hubiera sido que aplicándolas correctamente impusiera a la Texas Petroleum Company las mismas condenas que determinó el juzgador de primera instancia.

"Y el ad quem al violar indirectamente la Ley sustancial, lo hizo mediante evidentes errores de hecho que aparecen manifiestamente en los autos y que son los siguientes: a) Apreció errónea e inadecuadamente el documento auténtico en que se plasma el dictamen pericial rendido y tra-

mitado legalmente, el cual corre de folios 58 a 68 del expediente (cuad. 1). En tal virtud, no dio por demostrado, estándolo, que el actor trabajó como mínimo trece horas y media (13½) en días domingos y festivos, sin que se le hubiera cancelado el salario y las prestaciones sociales derivados de dicha labor, no dio, por demostrado, tampoco, estándolo, que el actor por recibir salario en especie (alimentación) tenía derecho a que su patrono le pagara el correspondiente reajuste en el valor reconocido por vacaciones para el período 9-11-69 a 9-10/70, asimismo, no dio por probado, estándolo, que al actor le corresponde un reajuste en la indemnización por terminación unilateral por contrato de trabajo, con base en el incremento que arrojan el salario en especie y el trabajo en domingos y festivos; y además el Tribunal Superior de Bogotá no dio por probado, estándolo, que al patrono le corresponde cubrir indemnización moratoria (salarios caídos) desde octubre 16 de 1970 hasta que cancele los dominicales y festivos insolutos.

"El ad quem dio por probado, no estándolo, que al trabajador la empresa demandada le solucionó oportunamente los valores causados por trabajos en dominicales y en festivos y por el consiguiente reajuste prestacional así como el reajuste derivado por salarios en especie (alimentación).

"Por último el ad quem no dio por probado, estándolo, que al actor le correspondían salarios caídos conforme a las previsiones del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma y cuantía determinadas dentro de las condenas del fallador de primera instancia.

"b) Apreció errónea e inadecuadamente la confesión judicial provocada, hecha dentro del interrogatorio de parte de la demandada (fl. 36 cuad. 1) cuando al responder la tercera pregunta aceptó expresamente que el patrono no incluyó dentro del salario base para liquidar las prestaciones del actor y la indemnización por despido, el salario debido por laborar en domingos y en días festivos. En la declaración que se hizo sólo se limitó a firmar el absolvente que no se tuvieron en cuenta esos factores de liquidación porque el trabajador era de confianza y manejo.

"De esta suerte, el sentenciador de segunda instancia incurrió en ostensible error fáctico al no dar por probado procesalmente, estándolo, que el actor trabajó dominicales y festivos no retribuidos salarialmente y que además, que hay lugar a reajustar la indemnización por despido injustificado, incluyendo el respectivo incremento pecuniario por trabajos en domingos y días feriados.

"Por lo expuesto, ha debido el ad quem para no caer en los referidos errores de hecho, apreciar las pruebas aducidas haciéndolas reflejar lo que en su objetividad acreditaban, procediendo de consiguiente a proferir las condenas pertinentes en los términos cuantitativamente ordenados por el sentenciador de primera instancia".

En la demostración del cargo, el impugnador advierte que el dictamen pericial fue ordenado por el juez, dentro de la audiencia en que se practicó la inspección judicial; que se designó mediante auto ejecutoriado, al señor Jaime Barbosa Rodríguez como perito contador; que el juez consideró necesario el auxilio en atención a que algunos puntos eran de incumbencia contable y técnica; que el perito figura en la lista oficial como idóneo para la función encomendada; que tomó posesión del cargo previas las formalidades de rigor; que en ejercicio de sus funciones, el perito advirtió la dificultad para conseguir datos y la deficiencia de los archivos; que en consideración a lo anterior, el juez concedió plazos prudenciales para el dictamen; que el experticio fue presentado en audiencia pública; que se corrió traslado del dictamen y se surtió sin objeción alguna; y que los honorarios fijados fueron totalmente cancelados por las partes.

El recurrente concluye que por los datos anotados, el dictamen pericial es un documento auténtico que tiene calidad de hecho material y procesal notorio; alega que existe certeza sobre la persona que lo firmó o elaboró y hace plena fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones en él hizo el funcionario que lo autorizó; agrega que por no haberse objetado el dictamen, ha de entenderse la aquiescencia de la demandada a los resultados del experticio; y deduce que por ello el juzgador a que lo acogió, lo apreció correctamente y condenó con base en él.

Alega el atacante que el error protuberante de hecho provino de que el ad quem despojó el dictamen de todo valor probatorio, por considerar improcedente la prueba, cuando el dictamen era de recibo jurídicamente, ya por la elaboración técnica del experticio, como porque tanto el juez como las partes convinieron durante las audiencias, que era procedente y necesario en orden a la comprobación del amplio temário propuesto.

El acusador deriva los errores de hecho de la comparación entre los hechos afirmados en el dictamen y los admitidos en la sentencia, pues hace provenir del primero las obligaciones que no reconoció la segunda y aún las que trató el juzgador a quo.

Sobre la prueba de confesión dice el impugnador:

"Quedó visto que la parte confesante al admitir como ciertos los hechos a que se refiere la tercera pregunta (fl. 36) trató de justificar su posición alegando que no le pagaron salarios por dominicales y festivos porque era un trabajador de confianza y manejo y por la misma razón sostuvo el absolvente que tampoco se pagó el reajuste en la indemnización por despido sin justa causa. Mas esa razón invocada es útil e inconsistente, como jurídicamente lo explicó el juzgador de primera instancia en su fallo.."

El opositor distingue entre el documento auténtico y la prueba pericial, cita jurisprudecia en apoyo de que no es admisible confundir los distintos medios de prueba aunque consten en un mismo documento, advierte sobre la improcedencia de la prueba pericial en el caso de autos, por exigir el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral que tal prueba sólo se practique en asuntos que requieran conocimientos especiales; asevera que la respuesta a la tercera pregunta del interrogatorio no fue apreciada con error, pues en ella no se confiesa lo que pretende el recurrente; y solicita que no case la sentencia recurrida.

Se considera

Respecto a la prueba de confesión, cabe observar que el recurrente acusa apreciación errónea de ella, cuando el sentenciador no la tuvo en cuenta, o sea, no la apreció, por lo cual el ataque está indebidamente formulado.

Pero si se estudia la prueba en sí misma, tampoco resulta la confesión que pretende el recurrente.

En la diligencia de interrogatorio del señor Hernando Vallejo Gallegos, se lee:

"TERCERA PREGUNTA. Diga el absolvente cómo es cierto sí o no, que el salario base para liquidar las prestaciones del Actor y la indemnización mencionada anteriormente no incluyó el salario devengado por el trabajador en especie ni el causado por trabajo nocturno, extra, dominicales y festivos. Previamente calificada.

"CONTESTO. Es cierto y aclaro. No se incluyeron en la liquidación estos conceptos por cuanto era un trabajador de confianza y manejo, pues desempeñaba las funciones de cajero que no tiene derecho a ninguna de estas otras remuneraciones, por otra parte no tenía salario en especie."

Por lo transcrito se ve con absoluta claridad cómo el interrogado confesó que en el salario base para la liquidación de las prestaciones y de la indemnización del actor, no se incluyeron los conceptos de salario en especie ni de salario por trabajo nocturno, extra, en dominicales y en festivos, pero no confesó que se hubiera devengado salario en especie ni que se hubiese causado remuneración por trabajo nocturno, extra o en dominicales o festivos. La pregunta envolvía varias cuestiones y bien pudo haber sido rechazada por el juez o dividida por el mismo, pero la respuesta no puede entenderse como a un solo hecho, ya que fue diferente en cuanto a los puntos que constituyen materia distinta, pues una cosa son los factores que se hayan tenido en cuenta en una liquidación, y otra si los factores no considerados fueron efectivamente devengados o causados. Por lo tanto, la interpretación correcta de la respuesta no lleva a la confesión que pretende el recurrente, por lo cual no pudo cometerse el error propuesto.

En cuanto a la prueba pericial, debe observarse que ella no es de las que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 determinó como adecuadas para dar fundamento a un error de hecho, y que no habiéndose establecido esa clase de error en cuanto a la prueba de confesión, no cabe la consideración ju-

risprudencial de que los medios probatorios no autorizados por la ley para ese efecto, lo son cuando concurren con otros fundados en medios probatorios adecuados.

Por otra parte, como lo sostiene el opositor, no es admisible, según lo ha estudiado repetidas veces la jurisprudencia de esta Sala, confundir la prueba pericial o la testimonial con la inspección judicial dentro de la cual se practiquen, ni ellas con los documentos que las contengan.

Una cosa es el documento que contenga el dictamen pericial, y otra la prueba misma. Las diversas circunstancias anotadas en el cargo determinan la existencia del dictamen, su fecha, la persona del perito y las formalidades de la prueba, pero los hechos materia de dictamen no resultan de los documentos que los contienen, sino de la fuerza probatoria que tal medio tenga en cada caso. El dictamen se apreciará, según el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso. "Luego la aceptación o el rechazo de las conclusiones del dictamen no obedecen a la calidad de documento en que consta, sino en las condiciones mismas de las pruebas.

Además, en el presente caso el ad quem consideró que "tal prueba es ineficaz e inidónea," por lo cual el ataque en casación no podía dirigirse a la estimación del contenido de la prueba, que no estudió el Tribunal, sino a su eficacia e idoneidad, que naturalmente no resulta de un error de hecho, sino posiblemente de una violación legal de distinta naturaleza.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de cinco de agosto de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Germán Izquierdo Serrano contra la sociedad Texas Pertoleum Company.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PRESUNCION LEGAL ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 24 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 13).

Se va a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procurador judicial de Gustavo Romero Escobar contra la sentencia de veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Barranquilla en el juicio ordinario de trabajo instaurado por aquél contra la sociedad denominada Cementos del Caribe S. A., con el objeto de que se la condenase a pagarle las sumas de $11.395.00 por concepto de auxilio de cesantía; $5. 697.50 por vacaciones; $11.395.00 por primas de servicios; 12.534.50 como indemnización por despido injusto, $9.116.00 por auxilio de enfermedad; $30.000.00 por gastos de asistencia farmacéutica y hospitalaria; $68.370.00 por invalidez permanente parcial y $54.696.00 desde el 1º de abril de 1973 y hasta cuando se realice el pago de los salarios y prestaciones adeudados, por concepto de indemnización moratoria.

Como fundamentos de las anteriores pretensiones, afirmó el actor que, a virtud de contratación verbal, había prestado servicios personales a la demandada, como médico coordinador, desde el 1º de agosto de 1971 hasta el 31 de marzo de 1973, fecha en la que se prescindió de sus servicios en forma unilateral. En el expresado carácter, "realizaba exámenes de admisión, retiro e indemnización al personal de trabajadores de Cementos del Caribe; y tenía a su cargo la coordinación de consultas con los médicos especialistas y laboratoristas; la hospitalización en la Clínica del Prado; y la autorización de despacho de fórmulas; con un horario comprendido entre 8 a 12 de la mañana y 3 a 6 de la tarde de cada día laborable". Durante el último año recibió la suma de $82.040.00, por lo cual el salario promedio mensual devengado fue de $6.837.00. A pesar de los diversos intentos de arreglo directo, no le han sido cancelados los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho.

Tramitada la litis, el juzgado del conocimiento —que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla— la desató, mediante sentencia dictada el veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, condenando a Cementos del Caribe S. A., a pagar a Romero Escobar las cantidades de $9.115.05 por auxilio de cesantía; $4.557.57 por vacaciones; $9.115.05 por primas de servicio; $13.542.96 como indemnización por despido injusto; $25.043.00 por incapacidad permanente parcial, y $ 173.62 diarios, desde el 28 de abril de 1973 y hasta cuando se efectúe el pago de las sumas anteriores, como indemnización moratoria. La absolvió de los restantes cargos y no hizo condenación en costas.

Apelada esa decisión por el apoderado de la parte demandada, el Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del fallo que es materia del recurso extraordinario, la revocó y, en su lugar, absolvió a la empresa y declaró sin lugar a costas en la alzada.

La impugnación

Se formula con invocación de la causal primera de casación, a través de un solo cargo, y pretende que la providencia recurrida sea casada totalmente, para que la Corte, en la sede subsiguiente, confirme

íntegramente la de primer grado, con imposición de las costas a la parte demandada.

Cargo único

Acusa la sentencia de violar, por la vía indirecta y en el concepto de aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 64 (con las modificaciones que le introdujo el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965), 65, 186, 189 (también con las modificaciones introducidas por el artículo 14 del mencionado Decreto), 249, 278 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del manifiesto error de hecho en que incurrió el fallador al no dar por demostrado, estándolo, que el demandante estuvo vinculado a la demandada por contrato de trabajo.

Tal error provino de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas: contestación de la demanda; documentos de folios 26 a 38, 39 a 86, 106, 115 a 171 y 1 a 689 (estos últimos en legajo separado); sello y facsímil (fl. 87) declaración de parte del demandante; inspecciones judiciales (fls. 111 a 114 y 173 a 175) dictamen de la Oficina Seccional de Medicina del Trabajo (fl. 178); y testimonios rendidos por Eduardo Arango Correa (fl. 92), Mauricio Buitrago Moré (fl. 98), Alfonso Alvarez Jaramillo (fl. 179), Efraín King Rocha (fl. 182), Gustavo Elías Vega Crespo (fl. 96) y Nazario Hani Abugattas (fl. 181). El censor advierte que ha incluido la prueba testimonial para que sea examinada en el evento de que logre demostrar el error proveniente de las otras probanzas, conforme lo tiene admitido y explicado la jurisprudencia de la Sala.

El recurrente inicia el desarrollo del cargo con un resumen de las consideraciones del fallo impugnado, haciendo notar que el Tribunal con análisis de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, llega a la conclusión de que al trabajador le basta demostrar la prestación personal del servicio para que de ese hecho se infiera la existencia del contrato de trabajo; pero que, como se trata de una presunción legal, puede ser desvirtuada por el pretenso patrono demostrando que no hubo subordinación. Que más adelante y con base en las pruebas reseñadas en el ataque, tiene como probado que hubo una actividad personal por parte del actor al servicio de la empresa, consistente en la atención médica de sus trabajadores y en labores relacionadas con la coordinación de profesionales especialistas que, en una u otra forma, debían intervenir en la atención de aquel personal.

"Pero, a renglón seguido, —continúa el resumen del impugnante— sostiene que el elemento tipificador del contrato de trabajo es la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que consiste en la posibilidad jurídica de impartir una orden con el correlativo deber de obedecerla; que, a pesar de la profusa documental del proceso, no puede el fallador colegir que exista esta correlatividad entre la orden y su cumplimiento, para efectos de confirmar un vínculo jurídico laboral contractual, génesis de las prestaciones reclamadas, ni se encuentra que la empresa demandada hubiera tenido la posibilidad jurídica de impartir una orden ni que el trabajador tuviera el correlativo deber de obedecerla; que la documental aportada en sus originales o en fotocopias debidamente autenticadas, no constituye, por sí sola, factor necesario e indispensable para derivar una subordinación jurídica que dé cauce a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo; y que el restante acervo probatorio, examinado a continuación, reafirma esa conclusión".

El censor advierte que en el párrafo antenrior es donde aparecen los errores del sentenciador, los cuales sintetiza así:

"En primer lugar, puesto que en fallo se da por probada de manera fehaciente, lo que además surge de la mera lectura de los autos, la actividad personal del demandante en beneficio del demandado durante un tiempo dado, actividad remunerada por añadidura, de este hecho indicador ha debido inferir el sentenciador la existencia del contrato de trabajo conforme al mandato del artículo 28 ya citado, para después, partiendo de la existencia del contrato, examinar el acervo probatorio a fin de averiguar si existían o no pruebas indóneas para destruir la presunción, esto es, elementos de juicio que lo llevaran a la conclusión de que no hubo subordinación o dependencia."

"Si el fallador le hubiera dado a la relación de trabajo personal, que acertadamente dio por establecida, todo el alcance y todas las proyecciones que la ley le asigna hubiera advertido que no hay en el plenario ninguna prueba idónea para desvirtuar la presunción, que los elementos de juicio aportados no permiten concluir de manera inequívoca que no hubo subordinación o dependencia, y que por lo mismo debía estarse al contrato de trabajo legalmente presumido. Esto es el primer yerro flagrante".

"Pero hay otras equivocaciones igualmente ostensibles: como la de afirmar que la abundante prueba documental arrimada a los autos no constituye por sí sola factor necesario e indispensable para derivar una subordinación jurídica, cuando lo cierto es que tal subordinación ya se daba por establecida o presumida, conforme al criterio expuesto, y lo único que cabía era investigar la prueba en contrario; porque al presumirse el contrato se presume la subordinación, sin que haya necesidad de otra prueba positiva sobre la existencia del vínculo en general o de este elemento en particular, y solamente cabe averiguar si hay alguna prueba que acredite, de manera fehaciente, la inexistencia de esa subordinación, único camino para desvirtuar el contrato".

"Tampoco aparece en el plenario ninguna prueba que pueda llevar al convencimiento de que la empresa demandada no tuvo la posibilidad jurídica de impartir una orden ni que el demandante no tuviera el correlativo deber de obedecerla. No hay en la profusa documental, a la cual alude el Tribunal, ninguna prueba de estos hechos negativos por lo que su planteamiento constituye otro yerro flagrante".

Procede luego el recurrente a referirse a las pruebas, afirmando que ellas no solamente no desvirtúan la presunción sobre existencia del contrato de trabajo y del elemento subordinación, sino que tienden a fortalecerla. Al efecto, sostiene que el legajo de documentos, que en 689 folios se incorporó al expediente en la inspección judicial, integrado por fichas médicas, exámenes de admisión y de retiro, órdenes de la empresa para que se practicara exámenes, resultados y certificados expedidos por diversos médicos y por laboratorios, por orden del demandante y con cargo a la empresa, muestran la permanente actividad desarrollada por el trabajador a virtud de las innumerables órdenes que le fueron impartidas, sin que aparezca que hubiera podido abstenerse de cumplirlas.

Afirma que los documentos de folios 26 a 86 se refieren a solicitud de atención médica que en el fondo son orden de trabajo; a informes del médico al Jefe de Personal, que constituyen el cumplimiento de tales órdenes; a fichas médicas que el demandante llenó obedeciendo las instrucciones de la empresa y registran los continuos exámenes practicados a los trabajadores; y a informes rendidos por médicos y laboratorios al demandante como representante médico de la empresa. Que en la inspección judicial se comprobaron los pagos periódicos que se le hicieron como remuneración de sus servicios. Que a folio 87 obra el facsímil del sello que la empresa le confió al demandante como instrumento de trabajo, para la mejor prestación de los servicios, y que tal sello hace parte del legajo que fue aportado en la diligencia de inspección judicial y es del siguiente tenor: "DESPACHESE CON CARGO A CEMENTOS DEL CARIBE S. A." Esta prueba —dice— muestra de manera clara que entre las partes había una relación de trabajo estable y permanente, con derechos y obligaciones recíprocos regulados de una manera general, aunque deficiente, y que implicaba subordinación del demandante. La entrega de ese sello es una autorización de la empresa al trabajador para expedir fórmulas a su cargo, lo cual supone subordinación porque si el médico pudiera negarse a atender a los trabajadores que le enviaban el sello carecería de razón de ser. "Y las restantes pruebas no afectan esta conclusión ni mucho menos tienen la fuerza necesaria como para destruir la presunción sobre la existencia del contrato; los documentos de folios 115 a 171 resultan inanes en cuanto con ellos se pretendió demostrar que la empresa utilizaba los servicios de otros facultativos y los pagaba, ya que nunca se planteó que el demandante fuera el único trabajador médico ni era necesario que lo fuera para que se le recono-

cieran sus derechos; y la declaración de parte del demandante (fl. 172) apenas constituye una reiteración de las afirmaciones básicas del libelo".

Finalmente alude a la prueba testimonial para descalificar al declarante Mauricio Buitrago Moré, por haber contribuido a diseñar la política de la empresa en su calidad de Secretario General de la misma, y a Eduardo Arango Correa por no justificar la razón de su dicho y referirse a la ocasión en que utilizó los servicios médicos del actor, dando detalles, para el caso, indiferentes. Respecto de los demás testigos asevera que "ellos explican cómo desarrolló el demandante su trabajo de coordinador médico de la demandada, enviándole pacientes, recibiendo sus informes y autorizando sus fórmulas y sus cuentas".

Concluye reiterando su afirmación de que los errores de hecho apuntados condujeron a la violación de los textos legales que dejó singularizados y la solicitud de que la sentencia sea casada totalmente.

La demanda no fue replicada.

La Sala, para resolver, considera

Con referencia al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo la sentencia impugnada contiene el siguiente aparte:

"El artículo 24 de la misma obra establece que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo; y el hecho fundamental de la presunción, como ha dicho la jurisprudencia, es la prestación del servicio personal que el trabajador debe acreditar en forma plena, para ampararse en la presunción aludida. Parte de la base de la existencia de un hecho cierto sin el cual no se podría llegar al presumido, es decir, que al demostrarse en forma plena la prestación del servicio personal, lógicamente se debe llegar al hecho indicado o presumido, que en este caso concreto es la existencia de un contrato de trabajo. Sin embargo, esta presunción, como las demás de su estirpe, admite prueba en contrario, vale decir, que si el demandado demuestra con pruebas, o se deduce de las existentes en el proceso, que esa prestación de servicios tenía origen en una relación contractual diferente o innominada, no opera la presunción referida, y por lo tanto corresponde al trabajador aportar la demostración de la existencia de los otros dos elementos que constituyen el contrato, como la continuada subordinación respecto del patrono y un salario como retribución por el servicio prestado".

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del contractual laboral. Dejó sentado, pues, —como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia— que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.

Penetra luego el fallador en el examen de las pruebas y con base en ellas concluye "que por parte del trabajador hubo una actividad personal al servicio de la empresa demandada en punto a la atención médica del personal de sus trabajadores, y a la coordinación médica relacionada con los especialistas, que en una u otra forma, debían intervenir en esa atención". Establecido ese hecho, en vez de inferir la existencia presunta del contrato de trabajo y, consecuente con su razonamiento, proseguir el análisis de las pruebas con miras a determinar si desvirtuaban la presunción, por acreditar ellas que el servicio se había prestado de manera independiente y no subordinada, decidió abandonar este proceso lógico y desviar el camino hacia la búsqueda de la prueba de la subordinación, como elemento tipificador de los contratos de esta índole, con exigencia del

aporte de esta prueba al trabajador, anulando así, o restringiendo al menos, los efectos de la referida presunción.

Se tiene, entonces, que el juzgador entendió rectamente el ordenamiento 24 del Código Sustantivo del Trabajo y que tuvo como plenamente demostrada la situación fáctica que él prevé para que surja en favor del trabajador la declaración de existencia de un contrato de trabajo, pero, en el momento de su aplicación, le hizo producir consecuencias distintas a las implícitas en él, o no le hizo producir todas las contenidas en la norma. A este resultado no llegó el ad quem a través de cuestiones de hecho ni de una equivocada apreciación de pruebas, —pues las apreciadas hasta ese instante del fallo para concluir que el trabajador prestó sus servicios personales en beneficio de la empresa demandada, lo fueron correctamente a juicio del impugnante, que no discute esa conclusión— sino como consecuencia de una desviación en el razonamiento, que se concretó al dar aplicación al mencionado artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así lo entendió el propio recurrente, según se deduce de las razones que expone para cimentar el ataque, en relación con el aludido precepto, en la primera parte de la sustentación del cargo. Mas tales argumentaciones son inadmisibles en una censura formulada por la vía escogida por el impugnador, como lo fue la indirecta, y, además, porque a la posible infracción del artículo 24 no se habría llegado, atendidas las consideraciones de la sentencia impugnada, a través de equivocada estimación de las pruebas y de errores de hecho. La acusación, en lo concerniente al artículo 24, por la forma como ha sido planteada, es ineficaz y se rechaza.

El resto del ataque es deficiente. Su sustentación aparece notoriamente influenciada por el convencimiento del censor de que en existencia del contrato de trabajo ha sido debidamente establecida con la presunción legal consagrada en el precepto examinado. De este modo, la aseveración de que el vínculo contractual fue demostrado por ese medio, resulta erigida en la piedra angular de las otras alegaciones contenidas en la demanda. De ahí que no se hubiese detenido lo suficiente en el examen de las pruebas que señala como mal apreciadas y que se hubiera limitado, prácticamente, a hacer una ligera alusión a ellas y a su contenido, acompañadas de afirmaciones contrarias a las del juzgador y de conclusiones distintas de las que él dedujo.

Con tal manera de proceder no se cumplen a cabalidad los requerimientos del recurso, que exige, para cuando la acusación se formule por el camino indirecto, que se analice la prueba y se precise debidamente en qué consiste la errónea apreciación y se demuestre plenamente el error de hecho, lo cual no se consigue con sólo expresar el recurrente el concepto que le merezcan las probanzas aportadas al juicio ni con oponer su opinión personal a la del fallador.

De otro lado, la ley no reconoce capacidad para quebrantar la sentencia a cualquier error, sino aquél que ostenta la característica de manifiesto o evidente y que, por lo mismo, debe aparecer de bulto y por el solo cotejo de lo que la prueba dice con las conclusiones que de ella derivó el sentenciador.

En el sub lite, el Tribunal encontró establecido —sin duda alguna, como expresa el fallo— la actividad personal del demandante al servicio de la demandada, pero no ocurrió lo propio respecto de la subordinación. Examinó las pruebas que contienen las solicitudes de la empresa al actor para atención médica de sus trabajadores; las que dan cuenta de su labor de coordinación con otros médicos especialistas; de la facultad de expedir fórmulas y de autorizar la venta de drogas recetadas por aquéllos; de la forma como prestaba los servicios, desde su consultorio particular y dentro del mismo horario en que atendía al público en general; y de las facturas o cuentas de cobro de sus correspondientes emolumentos; y concluyó que ellas no demostraban de modo inequívoco la subordinación o dependencia, pues todas esas circunstancias podían concurrir en cualquier otro tipo de contrato de prestación de servicios y no indicaban necesariamente que el existente entre las partes hubiese sido de naturaleza laboral. Agregó, además, para completar su pensamiento sobre este asunto, la siguiente reflexión:

"La sutileza de esta noción entraña problemas complejos, especialmente hoy con el tráfago constante de actividades comerciales, un si es no, es independiente, y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en providencia de junio 14 de 1973, 'la vigilancia sobre la manera como se ejecuta un contrato, la facultad de revisar la contabilidad y los papeles o documentos concernientes al mismo y la obligación de rendir informes periódicos sobre su ejecución, no son por sí solos, pruebas de dependencia o subordinación jurídica, pues son los elementos pertenecientes a varios tipos de convenios en que no existe esta característica especial de trabajo. Todo contrato comporta una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no es signo de la continuada subordinación o dependencia de una parte a la otra, que es lo que diferencia al laboral de otros similares. Tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas'."

La situación, pues, en este campo, se le presentó dudosa, como la aprecia también la Corte, y, en esas condiciones no pudo haber incurrido en el error de hecho evidente, ostensible o manifiesto que se requiere para que un fallo pueda ser infirmado en casación, pues, en tal evento —lo ha dicho repetidas veces la Sala— el juzgador de instancia goza de completa libertad para decidirse por el extremo que mejor lo convenza. Así se lee, entre otras, en las siguientes sentencias:

"Bien puede ocurrir que la prueba en que se funde la sentencia acusada en casación ofrezca dudas. Precisamente, si la cuestión de hecho es dudosa, ello es bastante para que no pueda declararse por la Corte el error evidente de hecho" (Sentencia de 28 de noviembre de 1960).

"Es el juez de instancia al que compete la función de descubrir el supuesto fáctico a que ha de aplicar la norma legislada, y de aquí que la ley haya consagrado la libertad del juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y consiguientemente la inmodificabilidad de esa apreciación, mientras no le lleve a decidir contra la evidencia de los hechos tal como realmente aparecen establecidos en la causa. La verdad que al través del debate probatorio se busca esclarecer no es una verdad absoluta, sino una verdad relativa que en cierto modo depende de 'la posición crítica del juez respecto de los medios instructorios, según que esté libre o esté ligado por vínculos normativos para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho'. Esa posición crítica está determinada en materia laboral en el artículo 61 del C. P. del T., que prescribe el sistema de la persuación racional para la estimación de los elementos instructorios, permitiendo al juzgador formar su convencimiento sin subordinación a una tarifa de pruebas, con solo sujeción a los principios científicos que disciplinan la crítica probatoria, lo que amplía al juez de instancia el ámbito de los medios utilizables para formar su convicción en la misma medida en que reduce el del tribunal de casación para quebrar el fallo por errónea apreciación de las pruebas. Por eso en materia procesal del trabajo, con más razón que en cualquiera otro régimen de valoración probatoria, el error de hecho ha de mostrarse como manifiesto mediante simple cotejo entre las afirmaciones de la sentencia y lo que dicen los medios de convicción, sin necesidad de acudir a presunciones o conjeturas o deducciones más o menos razonables. Lo manifiesto es lo evidente, y la evidencia es la 'certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella'." (Sentencia de veintinueve (29) de agosto de mil novecientos sesenta y siete).

En razón de lo dicho, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el día veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de

trabajo adelantado por Gustavo Romero Escobar contra la sociedad "Cementos del Caribe S. A.".

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TRABAJO OCASIONAL, ACCIDENTAL O TRANSITORIO
(Art. 6º del Código Sustantivo del Trabajo)

"Labores ocasionales o transitorias" (numeral 2º del Art. 4º del Decreto 2351 de 1965)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5766).

(Acta Nº 13).

Jorge Luis Guillermo Valderrama Sánchez, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 17'148.808 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a la sociedad Editorial Marín Limitada, para que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de julio de 1974 y hasta el 22 de enero de 1975; que en la última fecha la demandada terminó unilateralmente y sin justa causa, el contrato; que la sociedad liquidó las comisiones del 1º al 22 de enero de 1975, el auxilio de cesantía, la compensación de vacaciones y la indemnización parcial por despido injusto, teniendo en cuenta un salario notablemente inferior al efectivamente devengado; y para que la compañía fuera condenada a pagar $6.375.00 por salarios insolutos, $800.00 por reajuste de cesantía, $400.00 por reajuste de la compensación de vacaciones, $157.070.00 como reajuste de la indemnización por despido, $520.00 diarios a partir del 26 de enero de 1975 y hasta que se cancelen los valores adeudados por salarios y prestaciones, como indemnización moratoria; y las costas del juicio.

Las peticiones se apoyaron en los siguientes hechos:

"1. Entre la sociedad demandada y mi representado se celebró por escrito un contrato de trabajo que fue suscrito por las partes en la ciudad de Bogotá, el 2 de julio de 1974.

"2. El contrato de trabajo que vinculó a las partes era de duración determinada y tenía como fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 1974.

"3. Ninguna de las partes anunció a la otra, con la antelación establecida en la ley, su intención de no prorrogar el contrato de trabajo luego de la fecha de su vencimiento. En consecuencia, también en los términos legales, el contrato de trabajo que vinculó a las partes se prorrogó por un año a partir del 31 de diciembre de 1974.

"4. Con fecha 22 de enero de 1975 la sociedad demandada unilateralmente dio por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba con mi representado, en forma ilegal, intempestiva y sin justa causa.

"5. La sociedad demandada solamente pagó a mi representado por concepto de indemnización por despido, la suma de $ 21.290.85 de tal manera que quedó adeudando al demandante por este concepto el valor a que se refiere el literal d), de la petición CUARTA de esta demanda.

"6. El cargo ocupado por JORGE LUIS GUILLERMO VALDERRAMA SANCEZ al servicio de la sociedad demandada era el de Jefe Nacional de Ventas.

"7. El salario devengado por mi representado al servicio de la sociedad demandada estaba integrado por comisiones sobre ventas, en los porcentajes y por los

conceptos especificados en la cláusula cuarta del contrato de trabajo que vinculó a las partes, con salario mínimo garantizado, en todo caso, de $15.000.00 M/cte, mensuales.

"8. La sociedad demandada liquidó las prestaciones sociales a mi representado, la indemnización por despido y las comisiones del 1º al 22 de enero de 1975 con un salario notoriamente inferior a lo devengado por el representado y aún notablemente inferior al mínimo salario garantizado en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, en una actitud completamente extraña, evidentemente contraria a la ley y no exenta de mala fe.

"9. El salario promedio devengado por mi representado durante todo el tiempo de servicios a la sociedad demandada ascendió a la suma mensual de $15.600.00 M/cte.

"10. El demandante ha reclamado reiteradamente a la sociedad demandada el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que se solicitan en la presente demanda.

"11. La sociedad demandada se ha negado injustificadamente a reconocer y pagar al demandante el valor total que por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se solicitan en la presente demanda".

El libelo no fue contestado, pero en la primera audiencia de trámite se propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, lo cual se hizo provenir de motivos expuestos de esta manera:

"La duración del contrato de trabajo del actor se convino en seis meses. Esta estipulación, por ilegal, debe tenerse, en consecuencia, por inexistente. Así las cosas, tal contrato de trabajo no pudo ser sino a término indefinido.

"Además, en dicho contrato de trabajo mi patrocinada sólo le garantizó al demandante un ingreso mínimo de quince mil pesos mensuales durante los primeros seis meses de su vigencia. Posteriormente entró, pues, a regir plenamente, con todos sus efectos, el sistema de comisiones pactada de que él da cuenta en detalle.

"Por lo expuesto de tan breve manera, bien se ve que mi asistida ni le dejó de pagar salario al actor, ni le pagó con fundamento en uno menor los conceptos cuyo reajuste pretende, ni tenía por qué cancelarle la indemnización por la ruptura de su contrato como si éste hubiese sido a término fijo. Aparece, así, sin causa, como es obvio, su aspiración a obtener 'salarios caídos' ".

El Juez de primera instancia, que lo fue el **Sexto Laboral del Circuito de Bogotá**, en sentencia de 4 de febrero de 1976, absolvió a la sociedad demandada de las peticiones sobre reajuste de indemnización por despido, la indemnización por no pago y las costas del juicio, declaró probada la excepción de pago en relación con las solicitudes sobre salarios insolutos, reajuste de cesantía y reajuste de la compensación de vacaciones; declaró no probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y condenó al actor en las costas de la instancia. El apoderado del demandante apeló de la providencia del juez. **a quo**.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 20 de agosto de 1976, confirmó la sentencia recurrida y condenó al apelante en las costas de segunda instancia. El apoderado del trabajador interpuso contra la providencia del **ad quem**, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la primera causal de casación laboral, se sustenta la acusación en tres cargos, que se estudiarán junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Lo concretó el recurrente así:

"Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia case totalmente la sentencia impugnada en cuanto por sus ordinales 1º y 2º confirma la de primer grado y condena en las costas de la apelación al demandante y que, erigida en Tribunal de instancia, revoque la mencionada sentencia de primer grado en sus artículos primero, segundo, tercero y cuarto y condene a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $150.394.64 por concepto de reajuste de la indemnización por despido y la suma de

$72.673.92 por concepto de indemnización moratoria, proveyendo sobre costas como es de rigor."

Primer cargo

Se acusa la sentencia de violación directa por interpretación errónea del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 en relación con los artículos 6º, 43 y 45 del Código Sustantivo del Trabajo, y consecuencial indebida aplicación de los numerales 3º y 4º del artículo 4º, del artículo 5º y de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

El recurrente copia parte de la fundamentación del fallo recurrido; deduce de esa transcripción, que para el ad quem no puede haber contrato a término inferior a un año sino cuando se trata de labores ocasionales o transitorias; advierte que según el artículo 8º del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración, inferior a un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono; concluye que el sentenciador introdujo el primer caso contemplado en la norma del Decreto 2351 de 1965, dentro de los demás, cuando ellos son seis casos independientes; afirma que el Tribunal interpretó erróneamente el del numeral 2º artículo 4º del mencionado decreto, por lo cual dejó de aplicar los numerales 3º y 4º del mismo artículo y los tres primeros numerales del artículo 8º del mismo decreto; arguye que los contratos sobre ventas pueden celebrarse por menos de un año aunque pertenezca a actividades normalmente desarrolladas por el patrono y se celebren por más de un mes; agrega que las actividades para las cuales fue contratado el demandante podían desarrollarse en el término de seis meses; y observa que habiéndose vencido el plazo estipulado de seis meses, el contrato se prorrogó por un año y el tiempo faltante para vencerse ese período es el que corresponde a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

El opositor dice:

"El ad quem no incurrió en la interpretación que en él se le atribuye. Lo que en verdad hizo, fiado de la memoria, fue olvidar, por un lado, que el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 distingue bien el caso del trabajo accidental o transitorio de los otros consistentes en el reemplazo temporal del personal en vacaciones o en licencias y en la atención al incremento de la producción, del transporte, de las ventas o de otras actividades análogas; y, por otro lado, que el artículo 6º del Código Sustantivo Laboral define aquel trabajo, el accidental o transitorio, como el de corta duración, no mayor de un mes, referente a quehaceres distintos de los normales del patrono.

"Es que uno y otro olvidos, presumiblemente momentáneos, no constituyen, evidentemente, una exégesis de las normas destacadas, pero sí comportan, sin duda, por lo menos en el caso sub exámine, en que quedaron plasmados, una ignorancia de ellas parcial, y, consiguientemente, su infracción directa por esa razón. En efecto, el haber considerado luego que la actividad de Jefe de Ventas desempeñada por el actor al servicio de mi patrocinada no había sido accidental ni transitoria, fue lo que, de modo principal, condujo al fallador de segundo grado a absolver a éste de la indemnización por el despido de aquél deprecada en el libelo inicial del litigio. Digo que de modo principal porque el sentenciador de segunda instancia tuvo otro fundamento, de tipo puramente fáctico, pues consulta exactamente lo previsto en el mismo numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, para adoptar esa decisión, esto es, el de que en el contrato que suscribieron las partes no se hicieron constar las circunstancias que las llevaron a pactar un término de duración inferior a un año.

"Aparece, así, totalmente inadecuada la vía de ataque escogida por el cargo por lo que respecta al primer apoyo de que se sirvió la providencia impugnada para optar por la absolución en punto a la solicitud referida de indemnización por despido; e insuficiente, además, por lo que concierne al segundo de esos apoyos, pues lo ignora por completo y, por lo mismo, lo deja incólume.

Se considera

El artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo dice que trabajo ocasional, acci-

dental o transitorio es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono.

El numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 dispone que cuando se trate de labores ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, de atender el incremento de la producción, al transporte o las ventas, o de otras actividades análogas, circunstancia que se hará constar siempre en el contrato, el término fijo podrá ser inferior a un (1) año.

No pueden confundirse las dos expresiones de las normas comentadas, pues la una trata de "trabajo ocasional, accidental o transitorio" y la otra se refiere a "labores ocasionales o transitorias", con lo cual se ve que el primer concepto comprende toda la actividad, todo el servicio propio de ese trabajo, y el segundo se refiere a labores que pueden corresponder a un servicio o trabajo sin comprenderlo en toda su extensión; como también se observa que en la primera norma se introduduce el término "accidental" que se suprime en la segunda, con lo cual resulta que la definición del artículo 6º exige un trabajo por su naturaleza no principal, no esencial, lo cual se expresa con la frase "que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono", y que en el artículo 4º, numeral 2º, se trata de labores que pueden corresponder a un trabajo esencial, principal, propio de las actividades normales del patrono, pero que por circunstancias especiales tiene en determinados momentos, labores que resultan ocasionales o transitorias.

Si se entendiera que la expresión "labores ocasionales o transitorias" es igual a "trabajo ocasional", accidental o transitorio, habría que admitir la contradicción o incongruencia del legislador que después de definir un trabajo de duración no mayor de un mes, habla de que puede ser inferior a un año.

En el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 no determinó como mínimo del contrato a término fijo, el de un año y se indicaron casos excepcionales en que se permite que duración menor, pero ello no autoriza para que se confunda la corta duración de esas labores excepcionales, con el trabajo accidental, porque el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo distingue entre el contrato celebrado por tiempo determinado y el celebrado para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

Cuando se trate de reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, se puede celebrar un contrato de trabajo a término fijo menor de un año, aunque el trabajo es de naturaleza permanente, porque el reemplazo de las vacaciones o de la licencia exige una labor ocasional o transitoria dentro de ese trabajo permanente, esencial, principal, no accidental.

De la misma manera ha de entenderse que cuando se trate de "atender al incremento de la producción, el transporte o las ventas, o de otras actividades análogas", no se refiere la ley a trabajo accidental, sino permanente pero que por especiales circunstancias exija temporalmente labores que resultan ocasionales o transitorias.

Atender al incremento de la producción, al transporte y a las ventas, es actividad normal de las empresas, pero labores de temporadas o exigidas por un evento o circunstancia imprevista, llevan a situaciones como las contempladas en el numeral 2º del artículo 4º citado, sin que ello pueda confundirse con el trabajo accidental.

El factor de temporalidad, ocasionalidad o transitoriedad rige el numeral comentado, mas no se trata allí de trabajo distinto al propio de las actividades normales del patrono y de duración menor de un mes, de que se ocupa el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.

El sentenciador entendió que los casos excepcionales consagrados en el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, estaban comprendidos en labores ocasionales o transitorias, pero no dijo que se tratara de trabajo accidental, luego no hubo, según lo ya analizado, interpretación errónea de la norma.

Por lo tanto, no prospera la primera acusación.

Segundo cargo

Dice el recurrente:

"Presento este cargo como subsidiaria del anterior en la siguiente forma: La sentencia acusada infringe indirectamente y por aplicación indebida los preceptos legales sustantivos nacionales contenidos en los artículos 5º, 43 y 45 del Código Sustantivo del Trabajo, 4º, 5º, y 8º del Decreto 2351 de 1965 (3º de la Ley 48 de 1968) como consecuencia de haber incurrido el H. Tribunal en los siguientes errores de hecho ostensibles o manifiestos:

"1º. Dar por demostrado, sin estarlo, que al trabajador se le contrató para desempeñar una labor regular y continua dentro de la empresa;

"2º. Dar por demostrado, sin estarlo, que en el contrato de trabajo no constan las circunstancias que llevaron a las partes a pactar un término inferior a un año;

"3º No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo que se celebró entre las partes fue para atender a las ventas;

"4º. No dar por demostrado, estándolo, que en el contrato de trabajo las partes estipularon la circunstancia de que se trataba de un servicio para atención a las ventas durante un lapso de seis meses;

"5º. No dar por demostrado, estándolo, que al suscribirse el contrato de trabajo entre las partes el demandante JORGE LUIS GUILLERMO VALDERRAMA SANCHEZ ya estaba trabajando al servicio de la demandada.

"Los anteriores errores de hecho se produjeron como consecuencia de la equivocada apreciación de las siguientes pruebas:

"A) El contrato de trabajo (folios 15 y 16 - 26 y 27), documento reconocido por el representante legal de la demandada que los suscribió (fol. 19) y autenticado por el Juzgado en la diligencia de Inspección Ocular. (fol. 39).

"B) La confesión contenida en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada al contestar las preguntas séptima y octava de dicho interrogatorio (fol. 21).

"Examinadas adecuadamente las dos pruebas anteriormente anotadas se tiene que de ellas se derivan las siguientes conclusiones irrefutables:

"1. Que al firmarse el contrato de trabajo el 2 de julio de 1974 el demandante ya se encontraba desde tiempo atrás prestando sus servicios como trabajador de la sociedad demandada.

"2. Que las partes convinieron el 2 de julio de 1974 suscribir un contrato según el cual el demandante iba a ocupar el cargo de Jefe de Ventas de la Compañía demandada.

"3. Que las partes convinieron en que dicho contrato sería a término fijo de seis meses insistiendo sobre este hecho tanto en el encabezamiento del mismo contrato como en su cláusula adicional.

"4. Que durante la vigencia del contrato las partes convinieron que el trabajador se comprometía principalmente a buscar al personal que iría a ocuparse de las ventas (vendedores), entrenarlo y organizarlo, a adelantar una campaña de promoción de ventas y a investigar la solvencia moral y económica de los potenciales compradores (cláusula segunda del contrato)".

En la demostración del cargo, el impugnador encuentra lógico deducir que fue voluntad o intención de las partes considerar que en el término de seis meses podían cumplirse las funciones de búsqueda, entrenamiento y organización del personal de vendedores, de promoción de ventas y de investigación de compradores potenciales, sin que fuera necesario que esas labores se prorrogaran por término mayor; afirma que las funciones enumeradas no se prolongan indefinidamente en la empresa; alega que por haber desempeñado el trabajador otro puesto, el nuevo no podía durar más de seis meses; recalca sobre la equivocada apreciación de las pruebas que señala y manifiesta que si ello no hubiera ocurrido, se hubiera tenido por válido el término fijo de seis meses, se habría admitido la prórroga por un año y se habría condenado a una indemnización mayor por la terminación del contrato.

El opositor expresó:

"Esta acusación de aplicación indebida sólo es admisible, desde el punto de vista técnico, en lo que respecta a la exigencia de aquel numeral 2º de que en el contrato se hagan constar siempre la circunstan-

cias que llevaron a sus celebrantes a pactar en menos de un año su término de duración.

"Sólo que el yerro fáctico que señala a este propósito no se cometió, pues en el contrato que ligó a los contendientes nada, absolutamente nada, se dijo acerca de los motivos que ellos hubieran tenido para estipular su plazo de duración en seis meses.

"En mi concepto, estos dos reparos conducen, por modo necesario, el rechazo del cargo. Con todo, para el supuesto de que se considera totalmente bien formulado, no huelga agregar que el fallador de segundo grado tampoco cometió ninguno de los restantes errores de hecho que le endilga; una empresa, como mi asistida, cuyo objetivo es la venta de libros, requiere, de manera permanente y normal, mientras subsista, de un Jefe de Ventas, como lo fue el actor, que la promueba o impulse —ni él ni los Agentes Vendedores en rigor venden—, que reclute éstos y los entrene o adiestre y que, por sí o a través de ellos, procura conseguir clientela moral y económicamente aceptable. El hecho de que el demandante, antes de ser Jefe de Ventas, hubiera desempeñado el servicio de mi procurado un destino distinto por virtud de otro contrato de trabajo, evidentemente no pudo trocar ese requerimiento de normal y permanente en exótico y momentáneo."

Se considera

El fallador afirma:

"Ahora bien, como en el caso sub judice, el contrato que se celebró entre el señor Jorge Luis Guillermo Valderrama Sánchez y Editorial Marín Ltda., no corresponde a ninguno de los casos exceptivos a que alude el parágrafo segundo del artículo 4º citado, toda vez que el trabajador se le contrató para desempeñar una labor regular y continua dentro de la Empresa, inherente a su organización, como es el cargo de Jefe de Ventas, que dista mucho de ser ocasional o transitorio. Además en dicho escrito (fls. 15 y 16), no se hace constar las circunstancias que llevó a las partes a pactar un término inferior al año, como lo exige la norma en comento. En estas circunstancias, deberá concluirse que la vinculación estuvo regida por un contrato a término indefinido".

El recurrente se refiere especialmente a las obligaciones contenidas en los literales b), f) y g), de la cláusula segunda del contrato, para indicar que en ellas se contienen labores que se desarrollarían en seis meses, pero tales obligaciones resumen actividades permanentes. En efecto: el literal b) dice: "A buscar y conseguir personal para las ventas y suscripciones de las publicaciones de la EMPRESA, entrenando dicho personal, organizándolo, dirigiéndolo y supervisándolo y proporcionándole la ayuda que pueda necesitar para el mayor rendimiento de sus labores, bajo las instrucciones de la EMPRESA", el literal f) dice: "A promover las ventas de los artículos que la EMPRESA distribuye, a los precios y en las condiciones que ella fije ahora o en el futuro;", y el literal g) dice: "investigar la solvencia moral y económica de los compradores potenciales;".

No se trataba simplemente de buscar un personal de vendedores, entrenarlo y organizarlo para que luego ellos desarrollaran sus labores, sino que también era necesario dirigirlo, supervisarlo y ayudarlo, lo que supone actividad por todo el tiempo de las ventas, no sólo porque permanentemente se cambia personal y es necesario conseguir vendedores, entrenarlos, organizarlos, sino porque las demás funciones son permanentes al igual que las de vender los productos de una empresa distribuidora.

Tampoco se trata de una sola promoción sino de promover las ventas, lo que constituye trabajo permanente y no meramente ocasional o transitorio; ni la obligación de investigar la solvencia moral y económica de los clientes se referían a los de un período determinado, sino a todos los potenciales compradores.

Por lo examinado se ve que el sentenciador apreció acertadamente el contrato de trabajo cuando consideró que se trataba de una labor regular y continua, y por ello no se cometió el primer error propuesto.

Del examen del contrato de trabajo no resulta que se haya indicado de manera alguna la razón por la cual se estipuló un término fijo de seis meses cuando se trataba de labores permanentes, luego no se incurrió en el segundo error propuesto.

El sentenciador no negó que el contrato se celebró para atender a las ventas, pues admitió expresamente que el trabajador desempeñaba el cargo de Jefe de Ventas, pero al considerar las labores como permanentes, no podía entenderlas comprendidas en la excepción estudiada en el examen del cargo primero, y de allí que no se hubiera cometido el error señalado en tercer lugar.

Es verdad que en el contrato se estipuló un servicio para atención de las ventas con duración de seis meses, pero no se indicó en el escrito la razón por la cual esa labor permanente se contrataba por seis meses, luego el ad quem no incurrió en el cuarto error de hecho que se propone.

Las respuestas a la pregunta séptima y octava del interrogatorio absuelto por el representante legal de la compañía demandada, admiten que el demandante se encontraba trabajando en la empresa antes de la celebración del contrato de 2 de julio de 1974, y que a partir de esa fecha desempeñó el cargo de Jefe Nacional de Ventas, pero esas respuestas no demuestran que las labores hubieran sido ocasionales o transitorias, ni que en el contrato constara la causa por la cual se limitaba su duración. Si las labores anteriores del demandante eran iguales, no se justificaba el contrato a término fijo, y si eran diferentes, el tiempo anterior no tiene influencia en la duración de la nueva labor. El hecho de ser Jefe de Ventas no indica que se tratara de una de las excepciones consagradas en el numeral 2º del artículo 4º citado, sino solamente aquellas actividades sobre ventas que por alguna circunstancia que debe expresarse, constituyen labores ocasionales o transitorias. Por ello no se cometió el quinto error de hecho.

No habiéndose incurrido en las violaciones acusadas, no prospera la segunda acusación.

Tercer cargo

Está propuesto de la siguiente manera:

"La sentencia acusada infringe indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida el precepto legal sustantivo de orden nacional contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de haber incurrido de modo manifiesto u ostensible en los siguientes errores de hecho.

"1. Dar por demostrado, no estándolo, que el tiempo transcurrido entre la primera liquidación de prestaciones hecha por la Empresa en favor del extrabajador y la segunda liquidación puede servir de base para la sanción moratoria. Dicho de otro modo, dar por demostrado, no estándolo, que la Empresa pagó oportunamente al extrabajador los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato.

"2. No dar por demostrado, estándolo, que a la finalización del contrato la Empresa quedó debiendo salarios y prestaciones causados en favor del extrabajador.

"3. No dar por demostrado, estándolo, que la empresa pagó solamente cinco (5) meses después de la finalización del contrato la totalidad de los salarios y prestaciones causados y debidos en el momento de la terminación del vínculo.

"4. No dar por demostrado, estándolo, que las partes convinieron un plazo no superior a un mes contado a partir de la terminación del contrato para que la empresa efectuara el pago total de las prestaciones debidas.

"5. Dar por demostrado, no estándolo, que los reajustes de salarios y prestaciones hechos en la segunda liquidación se derivaron del salario variable resultante de comisiones pendientes de liquidar a la terminación del contrato.

"6. No dar por demostrado, que la Empresa efectuó a la terminación del contrato una liquidación y pago de salarios y prestaciones con base en un salario menor del mínimo garantizado contractualmente.

"7. No dar por demostrado, estándolo, que los salarios y prestaciones que la empresa quedó debiendo a la terminación del contrato eran los mínimos garantizados contractualmente al extrabajador.

"8. Dar por demostrado, no estándolo, que la suma que la Empresa quedó debiendo a la finalización del contrato y que posteriormente liquidó y pagó mediante consignación judicial es una cantidad mínima frente al valor pagado inicialmente.

"9. No dar por demostrado, estándolo, que los salarios y prestaciones causados y

debidos a la terminación del contrato ascienden a una suma considerable frente a lo inicialmente pagado.

"10. Dar por demostrado, sin estarlo, que la entidad asumida por la Empresa al retener durante cuatro meses parte de los salarios y prestaciones debidos al trabajador no es constitutiva de mala fe.

"11. No dar por demostrado, estándolo, que la Empresa procedió de mala fe al retener o dejar de pagar a la terminación del contrato parte importante de los salarios y prestaciones debidos al extrabajador.

"12. No dar por demostrado, estándolo, que al efectuar la segunda liquidación y proceder a su pago mediante consignación judicial incondicional la Empresa confesó deber desde la terminación del contrato la suma consignada.

"Los anteriores errores de hecho se produjeron como resultado de la falta de apreciación del contrato de trabajo suscrito entre las partes (fls. 15-16, 26-27) y de la diligencia judicial de entrega del título de depósito Nº 2462686 de 17 de junio de 1975 (fl. 31), así como de la apreciación equivocada de la liquidación inicial de salarios y prestaciones (fls. 18 y 25) y de la segunda liquidación de salarios y prestaciones (fl. 28). Las liquidaciones y prestaciones y el contrato fueron autenticados por el Juzgado en la diligencia de inspección ocular (fls. 38 a 40).

Para la demostración del ataque, el impugnador observa que el contrato contiene plazo para pago de salarios y prestaciones, de un mes posterior a la terminación, que hubo salario mínimo convencional de $15.000.00 mensuales, que en la liquidación de salarios, cesantía, vacaciones e indemnización por despido, realizada a la terminación del contrato, no se tuvo en cuenta el salario mínimo pactado, sino el de $14.193.90 mensuales, que en la liquidación efectuada al 9 de junio de 1975, se reajustaron los pagos de salarios, prestaciones e indemnización al salario mínimo pactado, que a la terminación del contrato no había comisión pendiente, y que la consignación se hizo sin condición alguna.

El recurrente compara las conclusiones de la sentencia con las del ataque, para concluir que todos y cada uno de los errores de hecho, que repite, fueron cometidos por el sentenciador, y concluye que la empresa retuvo por 144 días y sin excusa de buena fe, parte de los salarios y prestaciones.

El opositor observa que los errores 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 12 no pudieron cometerse porque el sentenciador no tuvo por probados los hechos que afirma el recurrente; advierte la falta de técnica que hace inadmisible el cargo por acusar falta de apreciación del contrato de trabajo y de la diligencia de consignación, pruebas que fueron apreciadas; recuerda que el sentenciador encontró la buena fe del patrono en el pago posterior de los reajustes, sin que ese fundamento fuera atacado en el cargo; muestra el poco monto de lo pagado tardíamente, y reclama la omisión sobre ataque al principal fundamento de la absolución por buena fe.

Termina así el opositor:

"Para el evento de que esta omisión no imponga su rechazo repárase, en efecto que no era de ninguna manera traído de los cabellos pensar, según lo hizo mi asistido, que la cláusula adicional de tal contrato consagraba dos plazos fijos de seis meses, independientes entre sí, uno concerniente a su propia duración y otro referente a la duración de la garantía de las comisiones mínimas; por lo cual la ilegalidad en que resultó el primero no tenía por qué afectar la validez del segundo. De aquí que, vencido éste y finalizada la relación laboral, hubiera liquidado al demandante sus comisiones sin la garantía y sus conceptos finales con el promedio salarial consiguiente, de $14.193.90, en conducta nítidamente seria, por demás respetable.

"Sin embargo, despues cayó en cuenta de que también admitía que se la interpretase en el sentido de que el plazo fijo de la garantía de las comisiones mínimas dependía del igualmente determinado de la duración del contrato; y que, en tal supuesto, la ilegalidad en que desembocó éste y su conversión consecuencial en indefinido, debía comportar la extensión concordante de aquél. Para ajustarse a esta hermenéutica y a su consecuencia, procedió a verificar los reajustes en examen y a consignarlos, en conducta que no puede merecer sino elogios por su limpidez."

Se considera

En la providencia recurrida se lee:

"La Sala prohija los planteamientos del Juez a quo, considerando que no se dan los presupuestos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo., para condenar por indemnización moratoria, toda vez que la actitud asumida por la demandada no es constitutiva de mala fe. En efecto, el pago conforme a las liquidaciones de los folios 25 y 28, demuestran lo contrario. El tiempo que medió entre la primera liquidación, cuyo pago se hizo a la terminación del contrato, por la suma de $37.826.16, y la segunda en donde se pagó un remanente de $8.598.74 no puede servir de base para esta sanción solicitada. Además, de tratarse de reajuste como consecuencia del salario variable resultante de comisiones pendientes de liquidar a la terminación del contrato, es una suma mínima frente al valor pagado inicialmente. De ahí que deba confirmarse la absolución proferida en el fallo recurrido".

No estimó el sentenciador que la empresa pagó oportunamente los salarios y prestaciones, ni dijo que nada se debía a la terminación del contrato, ni dejó de aceptar que el pago de la totalidad de los salarios y prestaciones se hizo con varios meses de retrazo, ni desconoció el plazo de un mes estipulado en el contrato, ni desconoció que la primera liquidación se hizo con base en salario inferior al garantizado, ni que los salarios y prestaciones que fueron reajustados correspondían al mínimo de salario pactado, ni desconoció que al consignar el valor de la segunda liquidación, el patrono confesó deber esa suma. Por esa situación se comprende que no hubiera incurrido el sentenciador en los errores que se presentan como 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 12º. Por otra parte, los errores 8º y 9º que se refieren a si lo consignado en virtud de la segunda liquidación es mínimo en comparación con lo pagado inicialmente o si es una suma considerable, no es propiamente una materia de error de hecho, sino de una consideración personal, que puede resultar por comparación de las cifras que exactamente demuestran las pruebas. Los errores 10º y 11º son el resumen de la acusación en este cargo, pues afirman la mala fe del patrono y niegan la buena fe que encontró el sentenciador. El que los reajustes consignados se hayan derivado del salario variable es cierto, porque la primera liquidación tomó el promedio de comisiones y no el salario fijo mensual garantizado, pero el que a la terminación no existieran comisiones pendientes, no es el verdadero fundamento de la absolución, aunque se haya expresado en esa forma, pues indudablemente el fallador se refirió a la parte del salario faltante entre las comisiones y el mínimo pactado.

Pero fuera de que los errores propuestos no aparecen demostrados y menos de la manera evidente como se exige en casación, también son verdaderas las observaciones del opositor en el sentido de que no se hizo el ataque en la forma debida, pues se presentan como no apreciadas las pruebas sobre contrato de trabajo y de la diligencia de entrega del título de consignación, pues el ad quem apreció esas dos pruebas, solo que no lo hizo en el sentido en que lo pretende el atacante.

De los soportes de la decisión sobre indemnización por falta de pago, el recurrente ataca el relativo a la poca significación del reajuste tardío frente al pago oportuno, pero eso no constituye un error de hecho ya que realmente la pura comparación de las dos cantidades hace ver que la una es muy inferior a la otra, sino que ese hecho no se ha admitido por la jurisprudencia como constitutivo de duda razonable del patrono para abstenerse de hacer el pago, que justifique una consideración de buena fe patronal y una absolución de la indemnización moratoria.

Sinembargo, el pago del reajuste de salarios, prestaciones e indemnización, que el patrono realizó después de cuatro meses de terminado el contrato, es un hecho que dio apoyo a la absolución que el recurrente ataca, y que no fue motivo de especial consideración en el cargo. Ese pago da fundamento a una situación de buena fe, porque proviene de un reajuste que fue aceptación de una situación que era dudosa y que aún no realizándose, habría podido justificar la absolución por mora.

En efecto, el contrato de trabajo tiene una cláusula en que se garantiza un pago mínimo mensual de $15.000.00 cuando las comisiones no alcancen esa cantidad, pero

el mismo contrato expresa en dicha cláusula que "la EMPRESA le garantiza unos ingresos mínimos de esa suma, durante tal tiempo de vigencia de este contrato, que es de seis (6) meses, esto es, del primero (1º) de julio hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 1974."

Por la redacción de la cláusula adicional, bien pudo pensar el patrono que la garantía del salario de $15.000.00 mensuales solo tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1974, y que en enero de 1975 sólo se debía pagar el monto de las comisiones, por lo cual a la terminación del contrato el salario que se tenía en cuenta para la liquidación, era el que efectivamente se tuvo. Esa apreciación del patrono era fundamento de su buena fe al liquidar salarios, prestaciones e indemnización sobre la base del promedio, luego aunque no hubiera hecho el reajuste posterior y hubiera sido condenado a hacerlo, bien podía ser absuelto de la mora por la duda fundada sobre el valor del salario final. Si esa situación solamente se modificó con el pago de los reajustes, realizado cuatro meses después, no puede tenerse tal pago tardío como indicador de mala fe sino como confirmatorio de la buena fe con que se obró desde la terminación del contrato. Ese soporte del fallo en cuanto a la absolución por mora, se mantiene sin destruir, luego el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veinte de agosto de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Jorge Luis Guillermo Valderrama Sánchez contra Editorial Marín Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONFESION DEL APODERADO DE LA EMPRESA, CUANDO DICHA CONFESION NO ES PURA Y SIMPLE, SINO COMPLEJA INDIVISIBLE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 12).

Doris Contreras de Suárez demandó por medio de apoderado judicial a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para que mediante los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle: a) Reajuste de cesantía; b) Reajuste de primas de servicio; c) Reajuste de valor compensatorio por vacaciones; d) Valor dominicales y festivos; e) Remuneración por trabajo en descanso o compensatorio; f) Indemnización moratoria y g) Costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Doris Contreras de Suárez trabajó para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 20 de junio de 1962 hasta el 12 de julio de 1972 en el Municipio de Chinácota, Norte de Santander, siendo su último sueldo promedio mensual de $1.851.22. La demandante laboró todos los domingos y algunos feriados, así como en los días de descanso compensatorio, durante el tiempo que trabjó para la demandada, que hasta la fecha no ha pagado los conceptos reclamados.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero aceptó como cierto la fecha de terminación del contrato de trabajo, mas no la de su iniciación; en relación con el último promedio salario mensual dijo que fue de $1.808.00 y no de $1. 851.22. Cuanto al hecho afirmado por la demandante de haber trabajado durante el tiempo que prestó sus servicios todos los domingos y algunos feriados manifestó que era cierto parcialmente, pues autorizada por la Superintendencia Bancaria la Caja labora los domingos en ciertas poblaciones y concede los respectivos descansos compensatorios. Propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones, por cuanto no adeuda la Caja suma alguna a la demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el veintiocho de mayo de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva condenó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a pagar a Doris Contreras de Suárez lo siguiente: "a) La cantidad de VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON 06/100 ($25.393.06) MONEDA CORRIENTE, por concepto de dominicales y festivos; b) La suma de DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 15/100 ($2.958.15) MONEDA CORRIENTE, por concepto de reajuste de cesantía; c) La cantidad de DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON 80/100 ($2.538.80) MONEDA CORRIENTE, por concepto de reajuste de vacaciones; y, d) La suma de SESENTA Y UN PESOS CON 70/100 ($61.70) MONEDA CORRIENTE, diarios, a partir del 23 de octubre de 1972 y hasta cuando se pague a la actora el valor de los salarios y prestaciones a que se contrae el presente fallo. SEGUNDO. ABSUELVESE a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, de las restantes súplicas de la demanda. TERCERO. DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. CUARTO.

COSTAS a cargo de la parte demandada en un 90% Tásense".

Apelaron los apoderados de ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el doble recurso en fallo de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cinco, modificando el de primer grado en el sentido de fijar la cuantía de la condena por dominicales y festivos (literal a) del numeral 1º del fallo apelado, en la suma de diez y seis mil setecientos setenta y siete pesos con 89/100 ($16.777.89); modificó también la fecha de iniciación de la sanción por mora, señalando en su lugar la del 31 de octubre de 1972; revocó la condena por reajuste de primas y la confirmó en todo lo demás. No hizo condena por las costas de la segunda instancia.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extaordinaria y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo presenta así el recurrente: "Aspiro a obtener la casación total de la sentencia recurrida para que, en sede de instancia, se revoquen los numerales primero y tercero del fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a la demandada de las peticiones relativas a dominicales y festivos, reajuste de cesantía, reajuste de vacaciones e indemnización moratoria, y se confirme el numeral segundo de la misma sentencia por medio de la cual se la absolvió de las restantes súplicas. Subsidiariamente, aspiro a que se case parcialmente el fallo gravado en cuanto por su numeral segundo modificó el literal d) del numeral primero del fallo de primer grado para condenar a la Caja a pagar $61.70 diarios a partir del 31 de octubre de 1972 y hasta cuando se cancelaren los demás reconocimientos, a fin de que la H. Corte, actuando como Juez ad quem, revoque el expresado literal d) del numeral primero de la decisión inicial y absuelva a la demandada del cargo que se le formuló por concepto de indemnización moratoria. En cualquiera de los dos casos la H. Corte deberá proveer sobre costas como es de rigor.".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, en forma indirecta, por aplicación indebida de los artículos 1º de la Ley 57 de 1926 (modificado por el artículo 1º de la Ley 72 de 1931), 2º, 5º y 7º ibídem, en relación con los artículos 3º, 4º, y 5º del Decreto 222 de 1932; 1º, 2º y 4º de la Ley 54 de 1960; 11 de la Ley 4ª de 1966 y 1º del Decreto Ley 3148 de 1968 (sustitutivo del artículo 11 del Decreto Ley 3135 de 1968); 2º de la Ley 72 de 1931, 12 literal e), de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en relación con el 1º del Decreto 2567 de 1946; y 11 de la Ley 6ª de 1945 en relación con el 1º del Decreto 797 de 1949. La aplicación indebida de estas normas se produjo a consecuencia de los siguientes errores ostensibles de hecho en que incurrió el sentenciador al interpretar incorrectamente la demanda que dio origen al proceso: a) No haber dado por demostrado, estándolo, que la demandante recibió descansos compensatorios por trabajo dominical. b) No haber dado por demostrado, estándolo, que en la demanda lo que se pidió mediante el literal d) del petitum fue el reconocimiento y pago de una remuneración por el trabajo en días domingos y festivos, adicional al descanso compensatorio de que se disfrutó. c) No haber dado por demostrado, estándolo, que en la demanda lo que se pidió mediante el literal e) del petitum fue el reconocimiento y pago de la remuneración por el trabajo realizado en días de descanso compensatorio. Demostración del cargo. Dice el Tribunal, al examinar la petición d), que conforme al Decreto 22 (sic) de 1932 bien pueden los trabajadores a que se re-

fiere, trabajar en días dominicales y festivos pero que debe dárseles un día de descanso remunerado, que se probó por confesión de la demandada que la demandante trabajó todos los domingos y algunos festivos, y que la entidad demandada no acreditó el pago o la confesión del día compensatorio. Con este razonamiento se fulmina la condena al pago de los dominicales durante todo el tiempo de servicios y con base en tal reconocimiento se ordenan los reajustes de cesantía, primas y vacaciones y, de contera, se condena a la indemnización moratoria. Ocurre, empero, que en la demanda se reconoció explícitamente que había descansos compensatorios al afirmar en el hecho 6º: 'La señora de Suárez trabajó en días de descanso compensatorio'. Y con fundamento en este hecho se formuló el cargo de: 'Remuneración por trabajo en descanso compensatorio'. Entonces el literal d) del petitum ('valor dominicales y festivos'), que en verdad se resiste de alguna vaguedad, no se funda en la ausencia del compensatorio, cuya existencia se afirmó en los hechos y sirvió de base a la petición del literal e), sino que constituye una pretensión adicional a ese compensatorio. Más claro: conforme al artículo 3º del Decreto 222 de 1932 los trabajadores a sueldo que laboran los días domingos y festivos tendrán derecho a que se les conceda un descanso compensatorio o una indemnización igual a la treintava parte de su sueldo. El sentenciador entendió que tal era la petición y decidió en consecuencia aplicando esa norma. Pero como ya se vio que según las voces de la demanda el régimen a que estaba sometida la trabajadora incluía tanto el trabajo dominical y festivo como los descansos compensatorios (si se alegó trabajo en tal clase de días y se solicitó su remuneración es porque existían, porque estaban organizados y porque se disfrutaron al menos en parte), es claro que lo que la demandante pretendía no era eso sino una prestación adicional, un derecho distinto. De ahí que en el capítulo de la demanda relativo a la fundamentación en derecho, se invocan como preceptos sustantivos la Ley 6ª de 1945, el Decreto Reglamentario 2127 del mismo año y las normas aplicables del Código Sustantivo del Trabajo. La mención de este estatuto, el que como es bien sabido no rige el vínculo laboral de los trabajadores oficiales de la Caja Agraria, está indicando que el demandante creía erróneamente tener derecho a una remuneración adicional al descanso compensatorio, por el trabajo dominical y festivo, tal como lo tienen los trabajadores particulares por virtud de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Decreto Ley 2351 de 1965 que modificaron precisamente en ese sentido los artículos 179 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo. Así entendida, la demanda resulta lógica y congruente, no sólo respecto a la petición de dominicales y festivos sino también en lo que atañe a la remuneración por trabajo en descanso compensatorio, que en la sentencia gravada se despacha con el lacónico argumento de que 'al actor le correspondía el descanso compensatorio en tiempo o en dinero y como aparece en el párrafo anterior que se le reconoce en dinero no puede haber lugar a otro pago por el mismo concepto'. Este es otro yerro ostensible y en cierta forma consecuencia del anterior, ya que el sentenciador cambió la misma petición de 'remuneración por trabajo en descanso compensatorio por una distinta', que no había formulada, de 'descansos compensatorios'. Dentro del contexto de la demanda esta última resulta tan ilógica que el propio Juez de primer grado, a pesar de incurrir en el mismo yerro, lo advirtió y dijo que '...no puede prosperar esta petición, pues al estudiar la anterior, precisamente se afirma que la Caja no demostró que hubiera dado el descanso compensatorio, luego mal puede admitirse que la demandante 'trabajó en días compensatorios', que no se dieron'. Por manera que aparecen de bultos los errores que cometió el sentenciador al entender que por los literales d) y e) del petitum se estaba planteando el mismo derecho al descanso compensatorio sobre la base de que la trabajadora no había disfrutado nunca del mismo, cuando la mera lectura del libelo evidencia que la demandante, partiendo del disfrute normal del descanso compensatorio, clara y expresamente admitido en la relación de hechos, pidió que se le reconociera un valor adicional por el trabajo en días domingos y festivos, mediante el literal d), y otra remunera-

ción por trabajos que realizó durante los días de descanso compensatorio, en concordancia con el hecho 6º. Estas equivocaciones lo llevaron a dar por sentado que nunca hubo descanso compensatorio y de consiguiente a proferir condena por tal concepto, por los correspondientes reajustes prestaciones y por la indemnización moratoria, a través de la aplicación indebida de las normas sustantivas singularizadas. Por ello, demostrado como está el cargo, reitero mi respetuosa solicitud de que case totalmente la sentencia acusada.".

El opositor hace reparos de carácter técnico a la formulación del cargo.

Se considera

En la demanda con que se inició el juicio el actor pidió: "d) Valor dominicales y festivos" y e) Remuneración por trabajo en descanso compensatorio". El Tribunal Superior entendió que la primera petición correspondía a la remuneración o sobrerremuneración por haber trabajado en los días de descanso obligatorio, y con fundamento en el Dto. 222 de 1932, condenó a la entidad demandada a pagar un salario igual a la treintava parte del salario mensual por cada día de descanso obligatorio que había sido laborado por la trabajadora, y como según la misma norma a quien trabaja los domingos y días de fiesta se le puede compensar en tiempo o en dinero, habiéndosele reconocido la segunda alternativa, estimó que no tenía derecho a la primera.

Para el recurrente la petición d) es una pretensión adicional a la contenida en el literal e), es decir que persigue el pago de una sobrerremuneración por el trabajo en días de descanso obligatorio, además del descanso compensatorio disfrutado, como si se tratara de un trabajador particular amparado por el Código Sustantivo del Trabajo.

Tal como está planteada la demanda inicial, estima la Sala que no incurrió en error el fallador de segunda instancia al interpretarla, por cuanto relacionando los dos hechos con las peticiones se observa que la demandante afirma que "laboró todos los domingos y algunos días feriados", hecho 5º, y que "trabajó en días de descanso compensatorio", hecho 6º, por lo cual bien podía concluir el ad quem que habiendo prestado sus servicios la Sra. Contreras de Suárez en días de descanso que debían ser compensatorios de los laborados en domingos y festivos no los disfrutó precisamente por haber trabajado en esos días. Esta conclusión no contraría en forma manifiesta lo que dice la demanda.

No prospera el cargo por las razones expuestas.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, en forma indirecta, por aplicación indebida de los artículos 1º de la Ley 57 de 1926, (modificado por el artículo 1º, de la Ley 72 de 1931) 2º, 5º y 7º ibídem, en relación con los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 222 de 1932; 1º, 2º y 4º de la Ley 54 de 1960, 11 de la Ley 4ª de 1966 y 1º del Decreto Ley 3148 de 1968 (sustitutivo del artículo 11 del Decreto Ley 3135 de 1968); 2º de la Ley 72 de 1931, 12, literal e), de la Ley 6ª de 1945, 5ª de la Ley 64 de 1946, y 8º del Decreto Ley 3135 de 1968; 17 de la Ley 6ª de 1945 y 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; en relación con el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946; y 11 de la Ley 6ª de 1945 en relación con el 1º del Decreto 797 de 1949. Además, se infringieron los artículos 61 C. P. del T. y 195 y 200 C. de P. C., en concordancia con el artículo 145 C. P. del T., como violación medio que determinó la aplicación indebida de las normas sustantivas singularizadas. La aplicación indebida de estas normas se produjo a consecuencia de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el sentenciador por la mala apreciación de las siguientes pruebas: 1ª) La demanda. 2ª) La contestación de la demanda. 3ª) Las fotocopias que obran a folios 18 a 21. 4) La liquidación que obra a folios 22 a 39. Al estimar el acervo probatorio el fallador cometió estas equivocaciones: a) Dar por demostrado, no estándolo, que la demandante trabajó durante todos los domingos que figuran en el calendario entre el 20 de junio y el 12 de julio de 1972. b) No dar por demostrado, estándolo, que en las ocasiones en que la demandante trabajó en días domingo recibió el corres-

pondiente descanso compensatorio. c) Dar por demostrado, no estándolo, que la demandante trabajó todos los días de descanso compensatorio y durante todo el tiempo de servicios. d) No dar por demostrado, estándolo, que la oficina donde trabajó la demandante, lo mismo que las demás oficinas de la Caja Agraria que abren los domingos, tenía organizado un cierre semanal compensatorio del dominical en que permanencía abierta. e) No dar por demostrado, estándolo, que durante todo el tiempo de servicios a la Caja hubo varios períodos en que la trabajadora no laboró por hallarse en licencia o en vacaciones. f) No dar por demostrado, estándolo, que la demandante devengó diversos sueldos durante los once (11) años de servicios. g) Dar por demostrado, no estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo la Caja quedó debiendo a la trabajadora suma alguna por concepto de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones de carácter laboral."

En la sustentación del cargo dice el recurrente que no se produjo confesión expresa por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero al contestar el hecho 5º de la demanda, pues no admitió que la trabajadora hubiera laborado todos los domingos durante todo el tiempo de servicios en forma categórica, exenta de dudas y ambigüedades, que es como la jurisprudencia ha entendido este requisito posteriormente consagrado en el artículo 195-4 del Código de Procedimiento Civil; que lo único que reconoció explícitamente es que en algunas poblaciones la Caja labora los domingos y concede los respectivos descansos compensatorios; que cualquier otro hecho es una mera inferencia del juzgador, que constituiría un indicio de su existencia, que con otros conexos podría hacer surgir la confesión extra judicial; que lo que no puede darse por admitido, porque no se confesó expresamente, es que la demandante laboró todos los domingos, 575, desde el 20 de junio de 1961 hasta el 12 de julio de 1972, o sea durante los once años que se cumplió la relación laboral; que la confesión entendida en esa forma excluiría la mera posibilidad de fenómenos de común ocurrencia durante la relación de trabajo y que impiden la efectiva prestación de servicios, como las vacaciones, las enfermedades y las licencias, lo que resulta claramente inverosímil.

Agrega que si contrariando el derecho, la lógica y el significado de las palabras se aceptara que hubo confesión, resulta incontrovertible su carácter de cualificada, calificada o compleja, denominaciones que usa la doctrina cuando se reconoce el hecho fundamental afirmado por el adversario, pero no en la forma integral, simple o escueta como se presenta, sino haciéndole salvedades, modificaciones, explicaciones o aclaraciones concernientes al mismo hecho, figura a la cual se refiere el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil para disponer que en estos casos deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúe. Sobre este aspecto argumenta así: "En este caso no hay más prueba del trabajo dominical que la pretendida confesión y aparece bien claro que la respuesta al hecho quinto forma un todo homogéneo, integrado por varios hechos coetáneos y concomitantes: esos hechos son el trabajo en días domingos y el respectivo descanso compensatorio, como un sistema organizado con base en la ley y en la autorización de la Superintendencia Bancaria. Entonces, si con fundamento en la respuesta que se examina se da por probado el trabajo dominical con igual fundamento debe darse por establecido el respectivo descanso compensatorio que en la contestación forma un todo indivisible con aquél. Lo contrario, exigir la prueba del compensatorio, amén de desatender las prescripciones de la ley y de la doctrina resulta aberrante por lo injusto. Bien claro se ve, entonces, la infracción de los Arts. 195 y 200 C. de P. C., del Art. 145 C. P. del T., en cuanto prescribe la aplicación de estos preceptos instrumentales civiles y del Art. 61 C. P. del T., que la ordena al Juez apreciar los elementos de convicción inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba; y que al través de esta violación medio se produjo la aplicación indebida de las normas sustantivas".

Estima el impugnador que la conclusión del fallador de segunda instancia resulta

más desvirtuada si se la confronta con otros elementos probatorios, tales como el hecho 6º de la demanda, en la cual la trabajadora reconoce que había días de descanso compensatorio, y los documentos de folios 18 a 21, que acreditan el disfrute de vacaciones y el uso de licencias por la demandante, lo que significa que no todos los domingos fueron trabajados. Censura el fallador de segunda instancia por haber liquidado la remuneración por el tiempo trabajado en todos los domingos con base en el último sueldo, cuando ha debido tener en cuenta el devengado en cada semana.

Termina el casacionista su argumentación así: "En resumen: es un error mayúsculo de la sentencia afirmar que la aceptación del hecho cuarto de la demanda implica confesión sobre trabajo dominical, porque el hecho no versa sobre tal aspecto; es otro error mayúsculo afirmar que en la contestación de la demanda se confesó que la demandante trabajó durante todos los domingos porque en ninguna parte aparece semejante confesión; es otro error mayúsculo dar por sentado que la demandante trabajó todos los domingos durante más de once años, cuando aparece probado que hubo períodos de tiempo, que incluyen domingos, en que ella no trabajó por estar en vacaciones o en licencias; es otro error mayúsculo decir que no se probó la concesión del descanso compensatorio, cuando la afirmación de este descanso es parte integrante e indivisible de la pretendida confesión y además se encuentra expresamente reconocido en la propia demanda; y es otro error mayúsculo haber liquidado todos los dominicales con el último salario promedio sin tener en cuenta los diversos sueldos devengados por la trabajadora".

El opositor hace algunos reparos de carácter técnico a la presentación del cargo, y en cuanto al fondo del mismo considera que ninguno de los medios probatorios acredita que a la demandante se le hubiesen dado los descansos compensatorios, prueba que correspondía a la entidad demandada por tratarse de una excepción, como lo ha dicho la jurisprudencia (sentencia de nueve de noviembre de 1959, G. J. XCI Nos. 2217 a 2219, pág. 1048). Estima que al confesarse la prestación del servicio durante todos los domingos, se habló de otro hecho distinto, cual fue la compensación por los servicios prestados en esos días, que por tratarse de una excepción debía ser probada por la demandada, cuando al salario tomado para liquidar la remuneración en los domingos trabajados, dice que el sentenciador expresamente se refirió a los salarios devengados por la demandante, por lo cual no puede insinuarse que no fuera así.

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre el punto controvertido:

"Dominicales y festivos. En cuanto a esta reclamación se refiere, aunque si bien es cierto, que de conformidad con el Decreto 22 de 1932, se autoriza a los trabajadores allí especificados, trabajar en dominicales y festivos, no es menos cierto que debe dárseles un día de descanso remunerado en la semana, como compensatorio. Se probó dentro del proceso por confesión de la demandada al aceptar el hecho cuarto de la demanda —fol. 15— que la actora laboró todos los domingos mientras prestó servicios a la Caja y algunos festivos. Dentro del proceso y como acertadamente lo dice el a quo, la entidad demandada no acreditó el pago, o la concesión del día compensatorio debiendo pagar por todo el tiempo de servicio dichos dominicales. Verificadas las operaciones aritméticas, la suma es de $16.777.89, por lo que debe modificarse el fallo de primera instancia, ya que condenó a una suma superior."

Se considera

El hecho 5º de la demanda afirmó lo siguiente: "durante el tiempo que la señora de Suárez trabajó para la entidad demandada, laboró todos los domingos y algunos días feriados". La respuesta de la entidad demandada a este hecho fue así: "Es verdadero Parcialmente. Ya que la Caja autorizada por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA labora los dominicales en ciertas poblaciones en que es necesario hacerlo, y concede los respectivos descansos compensatorios según también la autorización de la Superintendencia Bancaria".

Claramente se observa que la declaración hecha por el apoderado judicial de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero

al contestar el hecho 5º de la demanda comprende dos partes: la primera en la cual se acepta, aun cuando en forma parcial, que la señora Doris Suárez de Contreras trabajó todos los días domingos y algunos feriados durante el tiempo en que prestó sus servicios, pues la Caja estaba autorizada por la Superintendencia para laborar los domingos en algunas poblaciones, y la segunda, que en esos casos concedía los respectivos descansos compensatorios, con autorización también de la Superintendencia Bancaria.

Con fundamento en la primera parte el Tribunal Superior dio por demostrado que la demandante había laborado todos los domingos mientras prestó sus servicios, y condenó a pagar la remuneración correspondiente por cuanto la demandada no acreditó que había dado los descansos compensatorios, con lo cual, implícitamente, dividió la declaración para efectos de la prueba y no reconoció valor alguno al hecho eximente manifestado por el apoderado judicial de la Caja consistente en que siempre que se trabajaba en domingos se reconcía el correspondiente descanso compensatorio. Como el casacionista estima que debe apreciarse la manifestación hecha por la demandada tanto en el aspecto desfavorable, trabajo en domingos, como en lo favorable, concesión del descanso compensatorio, se estudiará en primer término este aspecto de la acusación.

La confesión del apoderado judicial de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero no es pura y simple, por cuanto además de aceptar como cierto, en forma parcial, que la demandante había trabajado todos los domingos y algunos feriados, agregó algunas aclaraciones o explicaciones concernientes al hecho confesado, que no son contemporáneas del mismo, sino posteriores constitutivas de un modo de extinción de la obligación. Procede en consecuencia determinar si el hecho agregado se encuentra íntimamente relacionado con el primero.

Considera la Sala que la confesión contenida en la contestación al hecho 5º de la demanda es compleja indivisible, porque el apoderado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se limitó a admitir que la demandante prestó servicio en domingos y festivos, afirmando también que ese descanso fue compensado posteriormente en otros días para cumplir así la obligación alternativa prevista en la ley hecho el último que guarda estrecha relación con el primero. Que este hecho que se agrega sea posterior al desfavorable primeramente confesado no supone que deban separarse para efectos de apreciar la prueba si entre ellos existe una íntima relación. La Caja de Crédito Agrario aceptó el hecho del trabajo en días de descanso obligatorio, que hace surgir la obligación de pagar la treintava parte del salario por el trabajo en domingos y festivos o de dar un descanso compensatorio en otro día, pero manifestó también haber dado descansos compensatorios por los domingos y festivos, trabajados, hecho este último que tiene su origen en el primero, porque se refiere a un modo natural para extinguir la obligación alternativa de dar un descanso compensatorio por el trabajo en esos días. Y aún cuando a simple vista el hecho de haber dado descansos compensatorios implica una excepción que debía probar la demandada, no es posible separarlo del primero por no existir prueba distinta de la confesión sobre el trabajo en domingos y festivos. La Sala de Casación Civil en un caso similar se pronunció así: "En las respuestas aparece la confesión, con la adición de haberse cancelado el precio de esas operaciones, sin detallar la forma de su pago, lo que prima facie implica una excepción y su posible separación del hecho principal confesado, para los efectos de la carga de la prueba. Pero, como en el proceso no hay comprobación distinta de la existencia de las negociaciones que la confesión del comprador, no se puede calificar esta como divisible, porque el principio de la indivisibilidad impera precisamente en estas situaciones en que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda". (Sen. 30 de abril de 1952. XXXI, 779). Sobre la indivisibilidad de la confesión con el agregado del pago cuando no hay más pruebas están de acuerdo también los tratadistas colombianos que se han ocupado del tema: Antonio Rocha, González Velásquez, Alzate Noreña y Enrique A. Becerra, según Devis Echandía,

y éste también comparte el criterio. (Verse Teoría General de la Prueba Judicial, Edición 1972, Tomo I, págs. 704 y 705). En el mismo sentido Jorge Cardozo Isaza, Pruebas Judiciales, Edición de 1971, página 200).

Por último ese es el criterio adoptado por el artículo 200 del código de Procedimiento Civil, que dice: "INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION Y DIVISIBILIDAD DE LA DECLARACION DE PARTE. La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúa. Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guardan íntima relación con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente".

De modo, pues, que la confesión de la entidad contenida en la manifestación de su apoderado judicial al contestar el hecho 5º de la demanda consistente en que la trabajadora demandante laboró en domingos y festivos, debe aceptarse con la aclaración y explicación de que por el trabajo en esos días se le dio descanso compensatorio, autorizado por la Superintendencia Bancaria, aun cuando constituya un hecho exceptivo, porque entre ambos hechos existe una íntima relación, no fue probado el primero de otra manera y no existen pruebas que desvirtúen las aclaraciones y explicaciones. Al no hacerlo así el Tribunal Superior violó el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil y consecuencialmente las normas que consagran el derecho a la remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio, auxilio de cesantía, vacaciones, primas y la indemnización por mora relacionada en la formulación del cargo, que al prosperar hace inoficioso el estudio del tercero y cuarto, que persiguen lo mismo.

Procede en consecuencia casar la sentencia impugnada, y en sede de Instancia se revocarán las condenas impuestas por el fallador de primer grado, por cuanto no se acreditó en el juicio que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero estuviese obligada a pagar la treintava parte del salario a que se refiere el artículo 3º del Decreto 222 de 1931, como sobrerremuneración por el trabajo en días de descanso obligatorio. No teniendo derecho la demandante a esa remuneración, es improcedente el reajuste del auxilio de cesantía, vacaciones y primas, que fueren liquidadas sin tenerlo en cuenta. Tampoco tiene derecho a la indemnización moratoria, porque al no deber suma alguna por salarios y prestaciones sociales, no ha incurrido en mora.

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 impugnada proferida el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y cinco en cuanto en sus ordinales 1º y 2º modificó las cuantías de las condenas por dominicales y festivos e indemnización por mora; en el 3º revocó la absolución por reajuste de primas y en su lugar condenó a pagar la suma de dos mil trescientos ocho pesos ($2.308.00) M/cte. y en el 4º confirmó las condenas por reajuste de cesantía y vacaciones, condena y absolución contenidas en el fallo de primer grado, y en sede de instancia Revoca éste en sus ordinales a), b) y c) y d) y en su lugar RESUELVE: 1º: ABSUELVESE a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de las peticiones sobre el valor del trabajo en días domingos y festivos, reajuste de cesantía, reajuste de vacaciones e indemnización por mora; 2º CONFIRMASE la absolución por reajuste de primas. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz, Alvaro Díaz Granados Goenaga (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

LEY RETROACTIVA Y LEY RETROSPECTIVA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5748).

(Acta Nº 14).

Marina Leal viuda de Jiménez, mayor de edad, vecina de Duitama, identificada con la cédula de ciudadanía Nº 23'538.427 expedida en la misma ciudad, en su propio nombre y en el de sus hijos menores Jorge Arturo, Vilma Stella, Fabio Alberto, Yolanda Marina y Constanza Lucía Jiménez Leal, demandó por medio de apoderado a la compañía Acerías Paz del Río S. A., para que se declarara que entre el señor Jorge Rubén Jiménez Segura y la demandada existió un contrato de trabajo desde el 1º de diciembre de 1952 hasta el 7 de noviembre de 1973, cuando dicho señor falleció; y que aunque el señor Jiménez tenía al morir mas de 20 años de servicios, pero no tenía la edad legal para reclamar pensión de jubilación, ese derecho corresponde a la viuda y a sus hijos; y para que se condene a la compañía a pagar a la demandante y a sus hijos pensión vitalicia de jubilación de $2.913.61 mensuales, mitad para ella y mitad para sus hijos; y $5.384.00 por cesantía, $3.884.82 como auxilio por gastos de entierro, $7.769.64 como prima de antigüedad $125.00 diarios a partir del 7 de noviembre de 1973 como indemnización por falta de pago, y las costas del juicio.

Los hechos narrados en el libelo son:

"1º El señor Jorge Rubén Jiménez Segura trabajó al servicio de 'Acerías Paz del Río S. A.' a partir del 1º de diciembre de 1952, hasta el 2 de mayo de 1954; y posteriormente desde el 20 de mayo de 1954, hasta el 7 de noviembre de 1973 de suerte que descontando los 18 días que mediaron entre el primero y el segundo contrato, tenemos que dicho señor trabajó al servicio de dicha empresa durante 20 años, 10 meses y 19 días.

"2º El salario promedio de dicho señor Jiménez Segura, en los últimos años de su servicio fue el de $3.884.82

"3º Al tiempo de su muerte, el señor Jiménez Segura sólo tenía 42 años de edad. Su muerte ocurrió en Bogotá el 7 de noviembre de 1973.

"4º El señor Jorge Rubén Jiménez Segura era casado católicamente con la señora Marina Leal de Jiménez y con su citado esposo convivió ella durante todo el tiempo de su matrimonio, hasta el día de la muerte de él, día este que estuvo igualmente con él, hasta su inhumación.

"5º De dicho matrimonio nacieron los siguientes hijos, todos actualmente vivos y que viven con su madre en esta ciudad, Jorge Arturo, Vilma Stella, Fabio Alberto, Yolanda Marina y Constanza Lucía, todos menores de edad.

"6º De acuerdo con la Ley 12 de 1975 (Ley 12 de 1975) mi poderdante y sus citados hijos menores tienen derecho a la pensión de jubilación que le habría correspondido al señor Jorge Rubén Jiménez Segura, su esposo y padre, respectivamente, si éste hubiera fallecido teniendo la edad cronológica para esta prestación, pues completó el tiempo de servicio consagrado en la ley para esta prestación.

"7º La citada Ley 12 de 1975 fue sancionada por el Presidente de la República y con la firma de la Ministra de Trabajo, con fecha 16 de enero de 1975 y fue publicada en el Diario Oficial número 34245 de enero 29 de 1975.

"8º La pensión de jubilación a que habría tenido derecho el señor Jiménez Segura, si hubiera tenido la edad legal, habría sido el 75% de su último sueldo mensual, que fue, como dije atrás, $3.884.82, o sea la suma de $2.913.61. A esta última suma tienen derecho mi poderdante y sus hijos, de conformidad con la citada Ley.

"9º Muerto el señor Jorge Rubén Jiménez Segura, el 7 de noviembre de 1973, la empresa empleadora hizo la correspondiente liquidación de prestaciones, con fecha 13 de diciembre de 1973, pero en ella aparecen las siguientes deficiencias:

"A) La empresa tomó, como fecha inicial del trabajo, el 21 de mayo de 1954, pasando por alto que el trabajo en realidad empezó el 1º de diciembre de 1952 y se prolongó, en esa primera etapa, hasta el 2 de mayo de 1954, de suerte que no liquidó las prestaciones correspondientes a un período de un año y cinco meses. La cesantía correspondiente a ese período, sobre un salario mensual de $3.884.82.

vale..... $ 5.384.00
(depreciando fracciones).

"B) En la liquidación la empresa ni incluyó ni pagó el auxilio para gastos de entierro de los trabajadores, que estableció la Convención Colectiva firmada el 10 de abril de 1973, vigentes el día de la muerte del citado trabajador, en su Cláusula 16. Este auxilio asciende a.....
..... $ 3.884.82

"C) Tampoco incluyó ni pagó la prima de antigüedad establecida en la cláusula 8ª de la misma Convención, y que asciende a ..... $ 7.769.64

"10º En resumen, lo que la empresa debe a mis poderdantes es:

"Cesantía no pagada..... $ 5.384.00
"Auxilio de entierro..... $ 3.884.82
"Prima de antigüedad..... $ 7.769.64

suma ... $17.038.46

"Y además, el valor de la pensión de jubilación desde la fecha de la vigencia de la Ley 12 de 75, o sea desde el 16 de enero de 1975.

"11. La entidad Acerías Paz del Río S. A. es una persona jurídica, con domicilio principal en Bogotá y representada en Belencito (Nobsa) por el señor Pedro A. Patiño, mayor y vecino de Nobsa."

El apoderado de la entidad demandada se opuso a todas las peticiones del libelo, propuso excepciones de carencia de acción de la parte actora, falta de personería de las personas que dicen tener derecho a lo demandado, pago, compensación, prescripción y la genérica, y contestó los hechos así:

"1. No me consta; debe probarlo;

"2. Me atengo a lo que se pruebe en juicio;

"3. Debe probarlo, no me consta;

"4. No me consta; ni siquiera se acompañó para el traslado de la demanda las pruebas que se enuncian;

"5. Debe probarlo, no tengo constancia.

"6. No es cierto. La ley no tiene efecto retroactivo.

"7. No me consta debe aportarse la prueba.

"8. En atención a lo relacionado con el punto anterior y el 5º, no es cierto.

"9. Me atengo a lo que se pruebe dentro del juicio, así aclarado por el suscrito: Al literal a) No me consta, pero en todo caso el primer contrato laboral debió ser liquidado en oportunidad y si así no se hizo, pasados más de tres años desde 1954, la acción quedó prescrita. b) Es falso de toda falsedad que la empresa que represento no hubiera cubierto el auxilio de muerte, como se afirma en la demanda; es por lo menos desconsiderado atribuirle a una empresa como Acerías Paz del Río S. A., el hecho de que hubiera dejado sin ningún amparo previsto en la ley o en la Convención a la viuda y los hijos de un trabajador con motivo de su fallecimiento, porque Acerías jamás ha dejado una obligación que estima de primer orden en caso de muerte de un trabajador; en todo caso debe probar que no es cierto, esperando también a que la demandada presente la confirmación del cargo injusto, desmedido y de ninguna naturaleza leal dentro del proceso iniciado, c) Debe probarlo; y si no lo pagó fue porque no tenía derecho el titular.

"10. No es cierto que deba ACERIAS PAZ DEL RIO S. A., las cantidades aludidas, ni por cesantía, ni por auxilio de entierro, ni por prima de antigüedad ni mucho menos por la pensión derivada en la Ley de 1975 que entró a regir en este año y el Legislador no le dio efecto retroactivo.

"11. Es una cuestión de derecho que debe quedar demostrada en el curso del juicio por parte del actor."

El Juez Laboral del Circuito de Duitama, en sentencia de 12 de febrero de 1976, absolvió a la demandada de todos los cargos del libelo, y condenó en costas a la parte demandante. El fallo no fue apelado y llegó al superior por consulta.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en providencia de 10 de agosto de 1976, confirmó en todas sus partes la sentencia consultada, y no hizo condenación en las costas de segundo grado. El apoderado de la parte demandante interpuso contra la providencia del ad quem, recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

La acusación está presentada en un solo cargo con apoyo en la primera causal de casación laboral. Se estudiará el cargo junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Dice el censor:

"La impugnación que hago, de la sentencia del Tribunal de Santa Rosa, tiene el siguiente alcance:

"Persigo que se case totalmente la sentencia impugnada y que, constituida la Corte en Tribunal de Instancia, se proceda así:

"Que se revoque totalmente la sentencia de primera insancia y, en su lugar, se resuelva:

"Primero. Declarar que entre el señor Jorge Rubén Jiménez Segura y la demandada se verificó un contrato de trabajo a partir del 1º de diciembre de 1952, que se continuó hasta el 7 de noviembre de 1953, día en que dicho señor falleció.

"Segundo. Declarar que, aunque al señor Jorge Jiménez Segura tenía al morir, más de veinte años de trabajo con la demandada, pero no tenía la edad legal requerida para reclamar el derecho a su pensión de jubilación, ese derecho lo tienen ahora su viuda señora Marina Leal de Jiménez y sus hijos legítimos los menores Jorge Arturo, Vilma Stella, Fabio Alberto, Yolanda Marina y Constanza Lucía JIMENEZ LEAL.

"Tercero. Declarar que, en consecuencia, la demandada debe pagar a la demandante y a sus citados hijos menores una pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de DOS MIL NOVECIENTOS TRECE PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($ 2.913.61), la mitad para dicha cónyuge y la otra mitad para sus expresados hijos menores. Absolviendo de los demás cargos de la demanda. Aclarando que la pensión debe pagarse a partir de la vigencia de la Ley 12 de 1975 o sea desde el 16 de enero de 1975."

El cargo

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria por infracción directa, consistente en falta de aplicación, de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 12 de 1975 y del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demostración del ataque fue expresada así:

"El Tribunal en su sentencia, dice que la Ley 12 citada no puede aplicarse al caso sub judice, pues al hacerlo, se estaría abarcando situaciones que quedaron fuera de su ámbito. Al respecto, contesto:

"Es verdad que el señor Jiménez Segura falleció antes de la vigencia de la Ley 12, Pero como la pensión para la viuda no se ha pedido a partir de la muerte de dicho señor, sino a partir de la vigencia de la ley, tenemos así que a la ley no se le da propiamente efecto retroactivo, sino a lo que la misma Corte ha llamado con mucha exactitud efecto retrospectivo, sino a lo que la misma Corte ha llamado con mucha exactitud 'efecto retrospectivo.'

"En efecto:

"Todas las disposiciones legales que establecen prestaciones sociales tienen en cuenta hechos pasados, anteriores a la ley. Así, por ejemplo, la Ley 6ª de 45, que estableció el auxilio de cesantía, tuvo en cuenta el tiempo trabajado antes de esa ley. Así también, por ejemplo, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que estableció la pensión de jubilación, tuvo en cuenta el trabajo realizado antes de la vigencia de la ley.

"Lo que pasa es que la ley toma como base los hechos pasados, y sobre esa base legisla para lo porvenir. Este no es, pues, efecto retroactivo, sino efecto retrospectivo.

"Tal es lo que sucede, en el presente caso, con la aplicación de la Ley 12 de 1975. Esa ley tiene en cuenta un hecho pasado (la muerte del señor Jiménez Segura) y, sobre esa base, legisla sobre el futuro, y a partir de la vigencia de la ley. El Tribunal, pues, ha debido aplicar la Ley 12 y conceder la pensión que se pide en la demanda. Como no lo hizo así, violó esa ley, con infracción directa, por falta de aplicación.

"Y violó igualmente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ha debido tenerlo en cuenta, pues esa disposición concede al trabajador Jiménez Segura un derecho, o una expectativa, que su viuda y sus hijos menores pueden ahora aprovechar, por haber muerto dicho señor, antes de que esa espectativa la hubiera podido él aprovechar."

El opositor observa que los artículos indicados como violados no constituyen una proposición jurídica completa, que el acusador dejó de citar normas como los artículos 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, que el sentenciador aplicó, y que tampoco enunció las normas sobre retroactividad y retrospectividad; anota que el ataque se formula por falta de aplicación pero se desarrolla por interpretación errónea; y sobre el fondo del problema opina que la sola muerte del trabajador no le habilita la edad para la jubilación, ni ésta la puede adquirir la cónyuge si la pensión no llegó a estar en el patrimonio del otro cónyuge.

Se considera

La falta de aplicación de la ley no es en la casación laboral un concepto de violación de la ley, como lo es en la casación civil, sino que puede ocurrir por infracción directa o por aplicación indebida, pero como la infracción directa siempre proviene de ignorancia de la ley o de rebeldía contra la norma, el planteamiento que se ha hecho en el cargo estudiado, no puede tener otro fundamento que esa ignorancia o esa rebeldía.

Es verdad que el sentenciador estudió los artículos 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, pero ello en cuanto a una posible reclamación por trabajo en circunstancias especiales, que no fue el alegado en el juicio, por lo que el recurrente, que no planteó esa situación, no estaba obligado a tratar de ese tema ni a citar como violación esos textos.

El ataque no resulta fundado de manera alguna, pues el sentenciador no desconoció los artículos de la Ley 12 de 1975, ni el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se rebeló contra dichas normas, sino que encontró la situación definida o consumada conforme a leyes anteriores, y por ello no dio efecto a la ley posterior.

Es verdad que la legislación contempla hechos anteriores a la ley cuando se trata de calcular el valor de una cesantía o cuando se computa tiempo para una jubilación, pero en ninguno de esos dos casos se concede derecho a quien ya no tiene vinculación laboral, porque lo importante es el hecho generador del derecho, que en la cesantía es la terminación del contrato y en la jubilación el cumplimiento del tiempo de servicios y de la edad, porque ese hecho debe ocurrir con posterioridad a la ley que cree un nuevo derecho aunque ese derecho tenga en cuenta para su cálculo o su cuantía tiempo anterior.

Cuando la ley se aplica a hechos anteriores a ella, como generadores del derecho, la ley es retroactiva, pero cuando la ley solamente se aplica a hechos posteriores a ella, aunque para el monto del derecho o para la medida de él, se tenga en cuenta tiempos anteriores, la ley es retrospectiva.

En el caso presente, el derecho reclamado por la viuda y por los hijos nace de la muerte del trabajador, que fue hecho ocurrido antes de la vigencia de la Ley 12 de 1975, luego al caso no puede aplicarse tal ley, porque cuando ella fue expedida la situación estaba definida conforme a leyes anteriores y consumada conforme a ellas.

En razón de lo expuesto, la sentencia acusada no violó la ley sustancial y el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, 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 de diez de agosto de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio seguido por Marina Leal viuda de Jiménez y otros contra Acerías Paz del Río S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PENSION DE JUBILACION

Su aumento al tenor del Art. 1º de la Ley 10 de 1972

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 14).

Lorenzo Camilo Rodríguez Bejarano, mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada Abbot Laboratories de Colombia S. A., para que, mediante la tramitación propia de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, fuese condenada a pagarle una pensión de jubilación equivalente a $2.295.00 mensuales, a partir del 1º de enero de 1973, en vez de la pensión de $1.950.00 mensuales que le ha venido pagando, y las costas del juicio.

Según relata el libelo, Rodríguez prestó servicios a la empresa demandada desde el 4 de marzo de 1946 hasta el 31 de diciembre de 1971, o sea por un tiempo total de 27 años, 9 meses y 27 días. El 31 de agosto de 1971 la sociedad comunicó por escrito al trabajador que, a partir del 16 de septiembre de ese año, le reconocería una pensión plena de jubilación y, en consecuencia, daba por terminado el contrato de trabajo a partir de la fecha; pero el trabajador, el 14 de septiembre, pidió reconsideración de la fecha en la cual comenzaría a disfrutar de la pensión, "en razón de que para esa época entraría en vigencia unos aumentos de salario y para no perder el derecho a las primas correspondientes al segundo semestre de mil novecientos setenta y uno (1971)", a lo cual accedió la empresa, reconociéndola a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972) y poniendo fin al contrato el 31 de diciembre anterior, fecha en la cual el trabajador tenía una edad de 56 años, 11 meses y 14 días. El derecho de disfrutar de la pensión se causó el 17 de enero de 1970, por lo cual debe ser reajustada en los términos de la Ley 10 de 1972.

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor, con fundamento en que el 31 de diciembre de 1971 no estaba disfrutando de la pensión de jubilación, ya que ésta apenas se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 1972.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, en sentencia de 25 de agosto de 1975, puso fin a la primera instancia absolviendo a la demandada y condenando en costas al demandante.

A virtud de apelación interpuesta por el apoderado de éste subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que desató la alzada confirmando el fallo del Juzgado y declarando sin lugar a costas en el recurso.

Contra la anterior decisión, proferida el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis, ha interpuesto recurso de casación el mismo procurador judicial. Como el dicho recurso ha recibido el trámite de rigor, se procede a resolverlo, con examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

La impugnación

Mediante la formulación de un solo cargo, con fundamento en la causal primera

de casación, aspira el recurrente a que la Corte case totalmente la sentencia acusada, y a que, procediendo como juzgador de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, condene a Abbot Laboratories de Colombia S. A., de conformidad con el libelo inicial.

Cargo único

La sentencia acusada viola directamente, en la modalidad de interpretación errónea, el artículo 1º de la Ley 10 de 1972, en relación con el 13 de la misma ley, el 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y con el artículo 1º del Decreto 1672 de 1973.

El impugnador reproduce el artículo 1º de la Ley 10 de 1972 y una parte de la motivación del fallo, y concluye que el Tribunal entendió que la cuestionada norma no solamente se refería a las pensiones "causadas" hasta el 31 de diciembre de 1971 sino también a las pensiones "pagadas" antes de esa fecha. A continuación se expresa de la siguiente manera:

"El correcto entendimiento de la norma, armonizada dentro del contexto de la Ley 10 de 1972 y especialmente en relación con su artículo 13 y con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, es el de que las pensiones que se hubieren 'causado' hasta el 31 de diciembre de 1971 debían reajustarse a partir del 1º de enero de 1973 en la cuantía establecida en la misma norma, ya que la vigencia de la Ley 10 solamente empezó el 1º de enero de 1973. Lógicamente para obtener el derecho al reajuste de la pensión se requería que ésta estuviera pagándose al entrar en vigencia la ley pero por ninguna parte establece la norma que también estuviera 'pagándose' el 31 de diciembre de 1971. Si el legislador hubiera querido reajustar solamente las pensiones jubilatorias que estuvieran pagándose el 31 de diciembre de 1971, hubiera sin lugar a dudas utilizado un término diferente al de la causación de la pensión que utilizó en el precepto equivocadamente interpretado por el ad quem. Queda así demostrada la equivocada interpretación que hizo el H. Tribunal del artículo 1º de la Ley 10 de 1972".

"Lorenzo Camilo Rodríguez Bejarano cumplió los requisitos de servicios (20 años) y edad (55 años) para tener derecho a la pensión jubilatoria consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, el día 17 de enero de 1970. Sobre estos elementos fácticos así como sobre el salario devengado por el actor en el último año de trabajo no hay controversia de ninguna especie entre las partes y fueron aceptados y considerados como tales por el H. Tribunal en la sentencia impugnada. Lorenzo Camilo Rodríguez, no obstante tener causado en su favor el derecho a la pensión jubilatoria, continuó trabajando hasta el 31 de diciembre de 1971. Tan causado tenía el derecho a la pensión de jubilación el actor el 31 de diciembre de 1971 que al día siguiente 1º de enero de 1972 se le empezaron a pagar las mesadas pensionales."

"Si el H. Tribunal no hubiera incurrido en el error de interpretación sobre el alcance del artículo 1º de la Ley 10 de 1972 que se deja anotado, error de interpretación que determinó la parte resolutiva de la sentencia impugnada, hubiera necesariamente concluido que Lorenzo Camilo Rodríguez tenía 'causado' en su favor el derecho a la pensión jubilatoria el 31 de diciembre de 1971 y, en consecuencia, hubiera condenado a pagar a la sociedad demandada al demandante, a partir del 1º de enero de 1973 la cantidad mensual de $2.295.00 por concepto de esa prestación social en lugar de la de $1.950.00 que ha venido pagando, tal como se solicita que lo haga, en sede de instancia y previa la casación del fallo impugnado, la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— según lo indicado en el Capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

El opositor, además de formular el cargo reparos de carácter técnico, se manifiesta contrario a su prosperidad por considerar que la interpretación del Tribunal es la correcta y porque estima que "es un grave dislate demandar el reajuste de una pensión aún no disfrutada".

Para resolver se considera

Las críticas del opositor carecen de fundamento, pues la proposición jurídica es completa y el ataque no se desarrolla a

través de cuestiones fácticas. Su estudio es procedente, por lo tanto.

El artículo 1º de la Ley 10 de 1972 alrededor del cual gira esencialmente la controversia, es del siguiente tenor:

"Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez a cargo de personas naturales y jurídicas del sector privado, causadas hasta el 31 de diciembre de 1971, se aumentarán así: en ciento cincuenta pesos ($ 150.00) más un diez por ciento (10%) del valor mensual de la pensión, cuando ésta no exceda de dos mil pesos ($ 2.000.00) y, en cien pesos ($100.00) más un cinco por ciento (5%), del valor de la pensión, cuando ésta sea superior a los dos mil pesos ($2.000.00) mensuales".

La discrepancia entre las partes y entre el recurrente y el fallador, se presenta acerca del sentido que deba darse al vocablo "causadas" empleado por la norma con referencia a las pensiones que deben reajustarse.

Se ha entendido siempre, y es cuestión ampliamente definida por la jurisprudencia, que el derecho a la pensión de jubilación se causa o nace cuando se cumplen los requisitos de tiempo de servicio y edad en la forma prevista en la ley, pero que su exigibilidad y la correlativa obligación empresarial de pagarla sólo surge a partir de la fecha del retiro del trabajador, mas no es posible que el legislador lo haya utilizado con este mismo significado, pues, al decretar un reajuste, necesariamente tuvo que partir de la base de que ya se estaba percibiendo la pensión, o de que, por lo menos, el derecho a percibirla o disfrutarla, en cuantía determinada o determinable, había surgido o se había causado, si se prefiere expresarlo de este modo, por haberse producido la desvinculación del trabajador dentro del plazo límite por él señalado. La norma debe ser entendida, por lo tanto, como tinosamente lo anota el ad quem, en el sentido de que ella no sólo exige la adquisición del derecho a la pensión sino su goce en la fecha prevista (diciembre 31 de 1971), "pues no es posible aumentar o reajustar una mesada pensional que no ha nacido a la vida jurídica en los términos y condiciones establecidos en la ley, es decir, una mesada pensional inexistente".

Además, aquel alcance no fue fijado por el fallador de segundo grado con examen del aludido artículo 1º de la Ley 10 de 1972 únicamente, sino que también adujo en su apoyo, relacionándolos íntimamente, el 1º de su Decreto Reglamentario 1672 de 1973, que despejó, en definitiva, cualquier confusión que hubiese podido existir sobre el particular, al disponer y aclarar que las pensiones que debían aumentarse conforme a lo ordenado en aquella Ley eran entre otras, "las que estén siendo pagadas directamente por los empleadores privados" y por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Con la empresión, "estén siendo pagadas", se alude, lógicamente, a las pensiones de que trata la Ley 10, esto es, las causadas y exigibles hasta el 31 de diciembre de 1971, o, dicho en otras palabras, las vigentes de esta fecha hacia atrás; pero no comprende, en ningún caso aquéllas cuya efectividad hubiera comenzado en época posterior.

La interpretación hecha por el Tribunal se ciñe a la inteligencia correcta de esas normas, las que, por lo tanto, no fueron objeto de la violación que predica la censura.

Esta, en consecuencia, no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Lorenzo Camilo Rodríguez contra la sociedad "Abbot Laboratories de Colombia S. A.".

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO CON JUSTA CAUSA, CALIFICADA COMO TAL EN EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO DE LA EMPRESA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Edison Fernández Muñoz, mayor y vecino de Cali, demandó por medio de apoderado judicial al Banco Franco Colombiano de Cali, para que se le condenara a reintegrarlo al último cargo que ocupaba el 1º de junio de 1973 o a otro de igual categoría o pagarle los salarios dejados de percibir, al igual que sus prestaciones sociales desde la fecha del despido hasta la de su reintegro, y se declare que no ha habido solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Los hechos de la demanda los relata así el apoderado del demandante:

"1. Mi mandante Sr. EDISON FERNANDEZ MUÑOZ y el Banco Franco Colombiano, con la Razón Social Banque pour le Comerce et L'Industrie, cuya casa matriz es: 2 a 16 Boulevars des Italiens-Paris (IX) Francia celebraron en esta ciudad de Cali, el día 14 de septiembre de 1965 por término indefinido un contrato de Trabajo, con un sueldo de $863.30, contrato que tenía una cláusula al final en relación a la cláusula 9ª del mismo, que mi cliente venía trabajando al servicio del Banco desde el 2 de febrero de 1962. 2. Este último contrato se mantuvo vigente entre las partes por un lapso de 11 años aproximadamente, contados desde la fecha de ingreso hasta la de despido por parte injustificada del Banco. En ese tiempo el Sr. Fernández ha ocupado los cargos de Mensajero, Auxiliar de Administración, Departamento de Canje, Cajero recibidor, Cajero Principal y su último sueldo fue de $2.930.90. 3. El Banco Franco Colombiano, sin que mediara justa causa dio unilateralmente terminado el contrato de Trabajo con el Sr. Fernández Muñoz. 4. Con el despido de mi poderdante, el Banco Franco Colombiano causó al señor Fernández perjuicios materiales y morales que deben indemnizarse. 5. La liquidación de sus prestaciones no estuvieron ajustadas a la ley y deben ser ajustadas en caso de negarse el reintegro. 6. El Banco aludido está en mora de pagar las obligaciones que ha adquirido con el Sr. Edison Fernández Muñoz".

Al contestar la demanda el apoderado judicial del Banco Franco Colombiano, Sucursal de Cali, negó los hechos, se opuso a que se accediera a las peticiones de la demanda. Fundó su defensa principalmente en el hecho de que Edison Fernández Muñoz incurrió en falta grave prevista en el Reglamento Interno de Trabajo como justa causal para dar por terminado el contrato de trabajo, consistente la falta en el embargo del salario por parte de la autoridad competente.

Tramitada la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Cali, dictó sentencia el nueve de julio de mil novecientos setenta y cinco, por medio de la cual absolvió al Banco Franco Colombiano de Cali de los cargos que le fueron formulados por el señor Edison Fernández Muñoz, a quien condenó en costas, y cuyo apoderado interpuso el recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, en fallo de treinta de abril de mil novecientos setenta y seis confirmó el de primer grado.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el recurso se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte no recurrente se abstuvo de presentar escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Pretende el casacionista que la Corte Case totalmente la sentencia recurrida y que en sede de instancia revoque la de la primera instancia y en su lugar despache favorablemente, con las correspondientes condenas, las súplicas expresadas en la demanda.

El recurrente formula un cargo único así: "La sentencia es violatoria por interpretación errónea del Ord. 6º del literal A, del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en relación con el literal B, del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla 5ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla 9ª del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 107 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 109 del Código Sustantivo del Trabajo, y, consecuencialmente, por indebida aplicación del ordinal 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

La sustentación del cargo la hace el impugnador en los siguientes términos:

"El ad quem consideró que, como en el reglamento de trabajo, estaba contemplado el embargo por autoridad competente, de los salarios, como causal de despido; que como fue esta la causal invocada por la empresa; que como el artículo 6º autoriza a establecer causales de terminación del contrato distintas a las legales en el reglamento interno del trabajo y como el salario del trabajador había sido embargado, la causal de despido era justa y no debía ordenarse su reintegro. Mas no reparó el sentenciador de instancia en que, siendo la facultad reglamentaria del patrono una emanación del elemento dependencia que emerge del contrato de trabajo, las normas de reglamento no pueden referirse sino a aquellos hechos de las partes que se refieren a la ejecución del contrato de trabajo. Al efecto el literal B del artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, al referirse a la subordinación reza textualmente: ... 'La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, 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. La subordinación o dependencia mencionada NO PUEDE IR MAS ALLA DE LA RELACION DE TRABAJO, pues sobre la vida privada del trabajador, sobre sus negocios particulares, sobre sus relaciones familiares, sobre sus creencias religiosas y políticas, el patrono no tiene ninguna potestad, pues de lo contrario la regla 5ª del Art. 57 ibídem sería letra muerta cuando expresa: 'Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador a sus creencias y sentimientos'. Es más: la intromisión en la vida privada de los trabajadores está expresamente prohibida en el ordinal 9º del artículo 59 que reza: 'Ejecutar o autorizar acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad'. Lo hasta aquí dicho está indicando que cualquier causal establecida en el reglamento de trabajo o convenida por las partes, NO DEBE OLVIDAR LOS PRINCIPIOS DEL ABSOLUTO RESPETO A LA VIDA DEL TRABAJADOR y deben referirse exclusivamente a la ejecución del contrato de trabajo pues el elemento, dependencia o subordinación está establecido en guarda de la correcta ejecución de la relación laboral, pero de ninguna manera en detrimento de las libertades individuales y de la vida privada de quien preste un servicio personal, ya que lo contrario convertiría el trabajo libre en trabajo esclavo y la subordinación jurídica en derecho de dominio sobre la persona. Dentro de este orden de ideas el artículo 107 del Código Sustantivo del Trabajo, considera el reglamento como integrante de los contratos individuales de trabajo, pero desde luego sin perjuicio de sus derechos y prerrogativas entre las cuales está el que en el argot moderno se denomina 'La Privacidad', al cual no renuncia de ninguna manera quien presta un un servicio como contraprestación de un salario en desarrollo de un contrato de trabajo. Por este motivo el Art. 109 ibídem expresa: 'No producen ningún efecto las

cláusulas del reglamento que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido en las leyes, contratos individuales, pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, los cuales constituyen las disposiciones del reglamento en cuanto fueren más favorables al trabajador'. Todo lo anterior indica que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en su Sala Laboral, se limitó a copiar literalmente el Ord. 6º del literal A, del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, al considerar que cualquier causal por el hecho de ser consagrada en el reglamento interno de Trabajo era suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, aunque ella no tuviera ninguna relación con su ejecución y tuviera, por el contrario, relación con la vida privada de los trabajadores. No, las leyes hay que saberlas interpretar y no leerlas aisladamente, pues las disposiciones legales, como las cláusulas contractuales, se interpretan unas con otras, sin que la observancia literal de unas conlleve el olvido de otras que pueden ser de mayor rango y jerarquía. La facultad de establecer causales de terminación del contrato en el reglamento interno de la Empresa es limitada, por el respeto a la dignidad del trabajador, por su derecho a la vida privada, por la naturaleza misma de las cosas que limita la subordinación al desarrollo de la relación laboral, que son principios a los que hacen referencia las otras disposiciones que se acaban de transcribir en la sustentación del cargo. Por haber interpretado tan erróneamente el ord. 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 es por lo que el sentenciador llegó a la conclusión de que hubo justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo con el demandante recurrente. Tan errada interpretación lo llevó de la mano a aplicar indebidamente el ord. 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pues cuando era el caso de ordenar el reintegro y el pago de los derechos causados entre las fechas de despido y reintegro, no lo hizo así y absolvió de las súplicas a la demandada, como si se tratara de un despido con justa causa. Para que el imperio de las normas que se consideran violadas se restablezca y se repare el agravio causado al demandante con la sentencia que vengo impugnando, reitero a la Honorable Corte mi solicitud de que se case la sentencia en la forma que señalo en el alcance de la impugnación".

Se considera

Para fundamentar su decisión dijo el Tribunal Superior:

"El Decreto 2351 de 1965 en su ord. 7º, enumera taxativamente las causas que, alegadas por el patrono al operarse el despido y aceptadas por el trabajador o probadas por el patrono, liberan a éste de la indemnización causada por el despido injusto, configurante del rompimiento unilateral e ilegal del contrato. Pero además de esas causales expresamente consagradas en la ley, el citado artículo en su numeral 6º faculta para calificar de graves en las convenciones o pactos colectivos, contratos y reglamentos de trabajo, cualquier violación de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador. En desarrollo de tal facultad se estipuló en el artículo 83 numeral 6º del Reglamento Interno de Trabajo del Banco, cuya parte pertinente fue allegada en legal forma al expediente (fl. 142), igual que la copia de la Resolución Nº 0036 emanada de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, aprobatoria de dicho Reglamento (fl. 143), que constituía justa causa de despido por parte del trabajador, el embargo del salario por autoridad competente. Obra asimismo la fotocopia del Laudo Arbitral de 13 de noviembre de 1967, proferido en el conflicto colectivo laboral, entre el Sindicato de Empleados del Banco Nationale de Paris, hoy Banco Franco Colombiano, en donde en su Parágrafo del artículo 17º Capítulo VIII —sobre ESTABILIDAD— dice que 'A partir de la vigencia del presente Laudo, el Banco dará un plazo de tres meses a todo trabajador que sea embargado, para que éste solucione su problema'. Amparado precisamente en esta causal, la empresa procedió a cancelarle el contrato de trabajo al demandante, según se lee en la nota de despido obrante a folios 5 y 28 del informativo; la cual está concebida en los siguientes términos: 'Señor EDISON FERNANDEZ. La Ciudad. Cali, junio 1º de 1973. Estimado señor: Por medio de la presente nos permitimos co-

municarle que a partir de la fecha, hemos decidido declarar sin vigencia el contrato de trabajo suscrito con Ud., el 2 de febrero de 1962, con justa causa de acuerdo con lo establec'do en el Reglamento Interno de Trabajo del Banco, en el Capítulo VI, Numeral 6º, del Régimen Laboral Colombiano. Al declarar la insubsistencia y no continuación del contrato damos a Ud., los agradecimientos por las labores desarrolladas durante el tiempo que estuvo al servicio del Banco. Le informamos que en los próximos días puede acercarse a nuestras Oficinas para reclamar su liquidación. De Ud., atentamente 'BANCO FRANCO COLOMBIANO (firma ilegible)'. Estima la Sala que el demandante sí incurrió en la causal de justo despido invocada por la empresa, tal como lo dedujo el funcionario del conocimiento en el fallo que es objeto del recurso. Efectivamente, a fol. 63 del expediente la señora Juez de Menores de la ciudad de Palmira informa al Juzgado del conocimiento que por medio del oficio Nº 112-C3187 de enero 29 de 1973, le comunicó al Banco Franco Colombiano el embargo del 20% del sueldo, primas, vacaciones, bonificaciones, cesantías parciales o totales, lo mismo que el total del subsidio familiar y el auxilio de escolaridad del trabajador Edison Fernández Muñoz. También en interrogatorio de parte, el mismo demandante acepta que le fue embargado el sueldo y que hasta la presente no ha sido posible levantar dicho embargo. Asimismo a folios 10, 11, 23, 24 y 25 del cuaderno principal, aparecen sendas copias del contrato de trabajo firmado entre las partes, documento en cuya cláusula octava se consigna los siguientes: 'OCTAVA. A este contrato se consideran incorporados los Reglamentos de Trabajo e higiene del PATRONO, que EL TRABAJADOR declara conocer y que ambas partes se obligan a cumplir así como todas y cada una de las cláusulas de este contrato'. Además, los declarantes Edmundo Hernández Vélez (fls. 86, 87, 88 y 69), Mario Guerrero Santafé (fls. 92, 93 y 94), y Mario Barahona Nieto (fls. 135) están acordes en manifestar que el Reglamento Interno de Trabajo del Banco era conocido por todo el personal y que en dicho reglamento estaba señalado como causal de terminación del contrato con justa causa, el embargo del salario por parte de la autoridad competente. Y es el mismo demandante quien en diligencia del 4 de diciembre de 1974, en la que respondió el interrogatorio de parte que se le formuló dentro del proceso, el que acepta que efectivamente se decretó en su contra un embargo y que, como lo expresa el documento de fl. 28, se le previno para que en el término de tres meses solucionara esa situación, cosa que no hizo. Resulta en esas circunstancias debidamente justificado el despido y es por ello que se acoge en su integridad la decisión de primera instancia, confirmándola".

Claramente se observa que el fallador de segunda instancia no hizo una equivocada interpretación del artículo 7º, numeral 6º, del Decreto 2351 de 1965. Se limitó a reproducir el contenido de la norma y aplicarla a un hecho que encontró subsumido en la misma. Es decir, que ante la facultad concedida al patrono por el ordinal 6º, del articulo 7º citado para que en el Reglamento de Trabajo se indiquen las faltas graves cuya comisión da origen a la terminación unilateral del contrato por parte del patrono con justa causa, dio por demostrado que en el Reglamento de Trabajo del Banco Franco Colombiano se incluyó como tal el embargo del salario por autoridad competente, y que el trabajador incurrió en la misma, sin que solucionara el problema en el término de tres meses que el Fallo Arbitral le concede al trabajador, por lo cual concluyó que el contrato con Edison Fernández Muñoz se dio por terminado con justa causa.

Si la cláusula del Reglamento Interno de Trabajo que dispone que el embargo del salario por autoridad competente es falta grave de las que dan origen a la terminación unilateral del contrato de trabajo carece de valor por las razones que expresa el recurrente, la pretendida violación de la ley no se produciría por interpretación errónea de la misma, sino por otro concepto, pues como ya se dijo el Tribunal Superior se atuvo al cotenido literal de la norma señalada como infringida, sin que hiciera un especial razonamiento para desentrañar su verdadero entendimiento.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

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

boral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada proferida el treinta de abril de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

MEDIO DE PROBAR LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El único medio de probar las convenciones colectivas es presentando la copia auténtica expedida por la oficina respectiva del Ministerio de Trabajo con la constancia de haber sido depositada dentro del término legal

No hay incompatibilidad entre la prestación equivalente a treinta meses consagrados en la ley (literal d), del Art. 204 del Código Sustantivo del Trabajo), y la pensión periódica y vitalicia acordada en convención colectiva

Considera la Sala que salvo disposición expresa de la ley o porque las partes legalmente lo convengan no hay incompatibilidad entre la prestación equivalente a treinta meses de salario consagrado en la ley y la pensión periódica y vitalicia acordada en convención colectiva, debidas ambas a gran invalidez en caso de accidente de trabajo, porque la primera prestación consiste en una suma fija con la cual se pretende resarcir el daño originado en la pérdida total y definitiva de la capacidad laboral y de la autosuficiencia para realizar las funciones esenciales de la vida, y la segunda cubre con una suma periódica y durante toda la vida del trabajador accidentado, el riesgo originado en las pérdidas de esa capacidad laboral y autosuficiencia. Una, la suma fija, podría decirse que compensa el daño emergente y la otra, la pensión vitalicia, el lucro cesante

Indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Buena fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 14).

ARCADIO DIAGO, mayor, vecino de Santa Marta, demandó por medio de apoderado judicial a la entidad "Empresas Puertos de Colombia", establecimiento público, para que fuese condenada a pagarle el valor de la indemnización a que tiene derecho como consecuencia del accidente de trabajo sufrido estando al servicio de la empresa, equivalente a treinta meses de salarios; la indemnización por mora desde la fecha en que terminó el contrato de trabajo hasta cuando se efectúe el pago, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Arcadio Diago sufrió un accidente de trabajo el 14 de enero de 1966 cuando estaba al servicio de la Empresa Puertos de Colombia en el cargo de Supervisor General; la Empresa demandada le prestó servicios médicos completos y sus facultativos determinaron que como secuela del accidente había perdido más del 66% de su capacidad de trabajo, sin posibilidad de recuperación con ningún tratamiento, o sea que quedó permanentemente incapacitado en el grado de gran invalidez; el último salario devengado por Diago fue de $5. 500.00 mensuales; la entidad demandada se ha negado sistemáticamente a pagarle a Diago la indemnización consagrada en la ley; la vía gubernativa se encuentra agotada y el capital de la empresa demandada es superior a $125.000.00.

El demandante se apoya en los artículos 204, 13, 14, 340, 210, 226 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demanda por medio de apoderado judicial la Empresa Puertos de Colombia aceptó como cierto el hecho del accidente de trabajo sufrido por Arcadio Diago y el haberle prestado servicios médicos completos, así como la fijación de la pérdida de la capacidad en más del 66%; también aceptó la cuantía del capital de la empresa; negó los demás hechos; propuso las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido. Fundamentó su defensa principalmente en haberle concedido al demandante una pensión de invalidez equivalente al 100% del promedio mensual del salario devengado por el trabajador en el último año de servicio.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, en sentencia de ocho de septiembre de mil novecientos setenta y cinco absolvió a la Empresa Puertos de Colombia de los cargos de la demanda; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte demandante.

Apeló el apoderado de la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil-Laboral, en fallo dictado el veintinueve de abril de mil novecientos setenta y seis confirmó el de primer grado, con costas a cargo del demandante, cuyo apoderado recurrió en casación.

Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y luego admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda de casación. No se presentó escrito de réplica por la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Aspira el casacionista a que la Sala Laboral de la Corte Case Parcialmente la sentencia impugnada en cuanto al confirmar la de primera instancia absolvió a la Empresa Puertos de Colombia de las pretensiones del libelo inicial, para que, en su defecto, como *ad quem* revoque las absoluciones del *a quo* y la condene a pagar al demandante los conceptos que impetra proveyendo sobre costas como es de rigor.

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente formula un solo cargo, así:

Cargo único

"Acuso la sentencia impugnada de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 204, ordinal 2º), literal d), y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los preceptos 467 y 469 ibídem. Esta infracción se produjo como consecuencia del error evidente de derecho en que incurrió el sentenciador al dar por demostrada la existencia de una convención colectiva que estatuyó pensión de invalidez por secuelas de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo que generan incapacidades permanentes superiores al 66%, sin que aparezca en los autos el documento que la contiene. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, la prueba de la existencia de una convención colectiva es siempre solemne. Ella, en efecto, no puede consistir sino en 'el documento original que conservan las partes, si en él se hizo la atestación correspondiente con motivo de la entrega oportuna de la convención al Ministerio de Trabajo, para su guarda', o en 'la copia auténtica que expida esa autoridad competente, que sólo puede dar fe de la existencia legal de la convención cuando el

depósito se ha efectuado en debida forma'. (Casación Laboral —Sentencia de 6 de julio de 1968.— Juicio del Sindicato de Trabajadores del Ingenio Central del Tolima S. A., contra esta Empresa). Sin embargo, el ad quem —que paladinamente reconoce que no obra en autos— dio por establecida la existencia de la mencionada convención con el consenso de las partes manifestado en la demanda inicial del pleito y en su respuesta y con 'algunos documentos que se relacionan con el otorgamiento del derecho', probablemente los que obran a folios 7 a 10 y 20 a 22".

Por su parte dijo el Tribunal Superior para fundamentar su decisión absolutoria:

"Según los elementos probatorios que obran de autos, el actor dejó de laborar al servicio de Puertos de Colombia en febrero 19 de 1968, lo que quiere decir que no le son aplicables los Decretos 1848 y 3135 de 1968 y 1969, respectivamente, que comenzaron a regir en diciembre 26 y noviembre 4 de los años mencionados. Normalmente las normas aplicables al trabajador demandante deberían ser las de la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año. Empero, el artículo 40 del Decreto Nacional Nº 1461 de 1961 ha indicado que las disposiciones aplicables a estos trabajadores son las del Código Sustantivo del Trabajo, y vale decir que la H. Corte Suprema de Justicia, en providencia de 15 de abril de 1968, consideró la situación realmente posible. Está plenamente demostrado en los autos la vinculación laboral del trabajador para la empresa demandada, la que se inició en agosto 1º de 1963 y terminó en febrero 29 de 1968. Igualmente se sabe que el trabajador demandante sufrió un accidente de trabajo y al momento de la clasificación de su incapacidad presentó: 'Osteocartritis de columna cervical', hecho que ocurrió el 14 de enero de 1966. Los médicos tratantes determinaron una disminución de su capacidad laboral superior al 66%. Se sabe que al trabajador le pagaron su incapacidad temporal, y le hicieron los tratamientos de rigor, y posteriormente, se le reconoció mediante Resolución 6858 de 26 de agosto de 1968, aprobada mediante la número 8350 de 5 de diciembre del mismo año, pensión de invalidez en cuantía de $3.236.27, pero que al decir del demandante Arcadio Diago Perea en sus posiciones rendidas, y que obran a folios 45 y 46, la cuantía actual alcanza a $4.132.00 pesos, y que la está recibiendo y disfrutando desde el 1º de marzo de 1968. La convención colectiva que reconoció pensión de invalidez por secuelas de enfermedades y accidentes, no obra de autos, pero es citada por las partes en sus escritos de demanda y respuesta, y en algunos documentos que se relacionan con el otorgamiento del derecho. El meollo del asunto estriba en determinar si la pensión de invalidez reconocida y pagada al trabajador satisface las indemnizaciones previstas en la ley para los casos de accidente de trabajo. De conformidad con el artículo 203 del Código Sustantivo del Trabajo las consecuencias de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, son: incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, gran invalidez y muerte. De conformidad con las calificaciones de los médicos tratantes, el trabajador demandante se encuentra dentro de una gran invalidez. Según esto, y de conformidad con el artículo 204 la indemnización sería igual a 30 meses de salario. La Sala cree, que con el pago de la pensión de invalidez al trabajador se satisfizo plenamente la secuela del accidente, por la potísima razón de que lo otorgado tiene estabilidad y permanencia, y si tomamos la fecha en que se otorgó la pensión, 1º de marzo de 1968 a la presentación de la demanda, agosto del 70, se tiene que ya el trabajador había recibido 29 meses de salarios por concepto de su pensión de invalidez; y si llegamos a la fecha de la sentencia de primera instancia, septiembre de 1975, ya se le cubrieron las mesadas de 5 años, o sea durante 60 meses, siendo que, el artículo 304 del Código Sustantivo del Trabajo, tan sólo concede como indemnización 30 meses. La convención colectiva que reconoce pensión de invalidez al trabajador no viola los derechos mínimos consagrados para el trabajador, no puede considerarse ineficaz porque no contraría la ley, ni viola la calidad de orden público de las disposiciones laborales. Lo otorgado por la empresa es muy superior a lo previsto por el legislador. El actual estatuto del empleado público y oficial de manera clara y terminante crea la

incompatibilidad entre la pensión de invalidez y las indemnizaciones en dinero previstas por el artículo 1848 de 1969, y al respecto su artículo 25 reza: 'No habrá lugar al pago de la indemnización establecida en el artículo 23, en el evento de que se cause a favor del empleado el derecho a la pensión de invalidez a que se refiere el Capítulo XII de este Decreto', y la norma pertinente enseña: 'Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez, a que se refiere este capítulo'. Las disposiciones últimas citadas están indicando cual era el criterio que existía en torno al asunto, quedando éste definitivamente plasmado en normas legales que hoy rigen para los trabajadores oficiales. La Sala entiende que lo pagado y reconocido por la empresa no viola las garantías del trabajador, y por ello hay que concluir que la pensión otorgada es el reconocimiento de la indemnización a que se hizo acreedor el trabajador por su incapacidad permanente, resultante de accidente de trabajo".

Se considera

Reiteradamente ha dicho esta Sala de la Corte que el único medio de probar las convenciones colectivas es presentando la copia auténtica expedida por la oficina respectiva del Ministerio de Trabajo con la constancia de haber sido depositada dentro del término legal. Además de la sentencia citada por el impugnador, el criterio ha sido ratificado en otros fallos posteriores, como el de Sala Plena Laboral de veinte de mayo de mil novecientos setenta y seis Jorge Enrique Vargas Arias contra la Nación, Ministerio de Obras Públicas, en el cual expresó:

"El artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo exige que las convenciones colectivas de trabajo se celebren por escrito y en tantos ejemplares cuantas sean las partes que las suscriben y uno más que necesariamente deba depositarse ante las autoridades administrativas laborales, dentro de los quince días siguientes al de su firma".

"Es de tal manera ineludible el cumplimiento de estas formalidades que su inobservancia ocasiona la ineficacia de la convención que vanamente se intentó celebrar. Son ellas entonces verdaderas solemnidades indispensables para que nazca el acto a la vida jurídica y tenga efectos reconocidos por la ley; deben ejecutarse también dentro del plazo concedido por el artículo 469 ya citado, pues el obrar tardío de los contratantes en el depósito oficial del texto de la convención la priva en absoluto de fuerza".

"Resulta así que la convención colectiva de trabajo es acto solemne y, en estas circunstancias, la prueba de su existencia se confunde con la demostración de que se cumplieron cabalmente las solemnidades exigidas por la ley para que fuera acto jurídico válido".

"No puede pues acreditarse en juicio la existencia de una convención colectiva como fuente de derechos para quien la invoca en su favor sino aduciendo su texto auténtico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad laboral o, cuando menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro de plazo hábil la convención".

"Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en juicio que hay una convención colectiva de trabajo, ni, menos aún reconocer derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquélla sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho y, por ese medio, infringe las normas sustanciales que preceptúan cosa distinta".

"Sobre estos temas la Corte ya se ha pronunciado en varias oportunidades, una de ellas, en la sentencia del 2 de junio de 1962 (juicio de Alberto Clavijo Prieto vs. Gaseosas Colombianas S. A., G. J. T. XCLX, números 2256 a 2259, pág. 509 y ss). A dicho fallo pertenecen los párrafos siguientes (pág. 513 ibídem):

" 'Estima el sentenciador que la copia parcial de la convención y la información que de ella tuvo al serle presentada, demuestra su existencia y en tal virtud accedió al reconocimiento de los derechos

reclamados por el trabajador, de que antes se hizo mención.

" 'En sentir de la Sala, no se conforma la anterior apreciación con lo prescrito por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues según su texto la convención colectiva debe consignarse por escrito, debiendo depositarse uno de sus ejemplares en el Departamento Nacional del Trabajo dentro de los quince días siguientes al de su firma. 'Sin el cumplimiento de todos estos requisitos —agrega la disposición— la convención no produce ningún efecto".

" 'Se trata pues, de un acto solemne, para cuya demostración en juicio es necesario aportar a éste la prueba de haberse cumplido las formalidades integrantes de la solemnidad. Una de ellas es el escrito en que consta el acto jurídico, otro el depósito de copia del mismo ante la autoridad del trabajo dentro de un plazo determinado. Es obvio que quien pretende hacer valer en juicio derechos derivados de la convención, debe presentarse en copia expedida por el depositario del documento'.

" 'La prueba de un acto solemne no puede ser sustituida por otra. Así lo manda el Código Procesal del Trabajo en su artículo 61. En armonía con esta previsión legal, el mismo estatuto en su artículo 87, inciso del numeral 1º, ve un error de derecho cuando el juzgador pretermite la prohibición establecida en la norma primeramente citada' ".

"La Sala acoge ahora como doctrina de la Corte la tesis que acaba de exponerse que, por lo demás, ya había sido sostenida también en épocas anteriores. Rectifica así la tesis sostenida en contrario".

Al haber dado por demostrado el Tribunal Superior que entre la Empresa Puertos de Colombia y su Sindicato de Trabajadores se celebró una Convención Colectiva con base en que fue citada por las partes en sus escritos de demanda y respuesta y en algunos documentos que obran en el proceso, incurrió en error de derecho por contravenir el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, que exige que las convenciones colectivas para producir efectos deben celebrarse por escrito y depositarse en el Ministerio de Trabajo dentro de los quince días siguientes a la de su firma, requisitos que no se acreditaron en el caso en estudio. Como consecuencia de esta primera violación, se produjo la de las otras normas sustanciales relacionadas en la formulación del cargo, que prospera por los motivos expuestos. La sentencia impugnada se casará en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará previas las

Consideraciones siguientes

No discutieron las partes la naturaleza de la vinculación contractual de Arcadio Diago con la Empresa Puertos de Colombia, la cual, además, se rigió por las normas anteriores al Decreto 3135 de 1968, por haberse desvinculado el demandante Diago el 1º de enero de 1968, según consta en la Resolución Nº 08360 de 5 de diciembre de 1968, folio 22 del primer cuaderno, lo que también constató el Juzgado en la Inspección Judicial (folio 3); tampoco se discute que las relaciones entre demandante y demandada se rigieron por el Código Sustantivo del Trabajo y no por las anteriores a dicho Estatuto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1461 de 1961. Ni existe controversia sobre el hecho de haber sufrido el trabajador demandante un accidente de trabajo que le produjo la pérdida de más del 68% de su capacidad laboral, ni sobre el disfrute de una pensión de invalidez reconocida por la Empresa.

Discrepan las partes en cambio sobre el derecho del accidentado a la prestación contemplada en el ordinal d), del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo. Mientras el trabajador sostiene que ambas prestaciones, pensión por invalidez y suma fija son compatibles, el patrono considera que no es jurídico reclamar doble indemnización por un mismo accidente, como sucedería si se accediera a la pretensión del demandante para que se le pagara el valor de treinta meses de salarios. El Tribunal Superior, como se desprende de lo arriba transcrito, acogió el planteamiento de la parte demandada.

Es indudable que la solución surgiría con claridad si se examinara el contenido de la convención colectiva que según las partes consagró la pensión de invalidez que ha venido disfrutando Arcadio Diago. Pero ante la ausencia de la misma en el proceso no es posible hacer dicho análisis.

Considera la Sala que salvo disposición expresa de la ley o porque las partes legalmente lo convengan no hay incompatibilidad entre la prestación equivalente a treinta meses de salario consagrada en la ley y la pensión periódica y vitalicia acordada en convención colectiva, debidas ambas a gran invalidez en caso de accidente de trabajo, porque la primera prestación consiste en una suma fija con la cual se pretende resarcir el daño originado en la pérdida total y definitiva de la capacidad laboral y de la autosuficiencia para realizar las funciones esenciales de la vida, y la segunda cubre con una suma periódica y durante toda la vida del trabajador accidentado, el riesgo originado en las pérdidas de esa capacidad laboral y autosuficiencia. Una, la suma fija, podría decirse que compensa el daño emergente y la otra, la pensión vitalicia, el lucro cesante. La Ley puede señalar cada una de ellas o ambas como prestación suficiente, según las posibilidades económicas de las empresas, pero nada impide que establecida una sola, las partes consagren además la otra. Como no se acreditó que en la convención colectiva celebrada entre la entidad demandada y su Sindicato de Trabajadores se hubiese estipulado que la pensión de invalidez excluyese la prestación consistente en treinta meses de salarios, la conclusión es la de que el trabajador demandante tiene derecho a ambas prestaciones: la pactada en la convención colectiva y la consagrada en la ley.

Sentado lo anterior encuentra esta Sala de la Corte que el salario mensual promedio devengado en el último año de servicios por Arcadio Diago fue de $3.236.27, como aparece en la Resolución Nº 006858 de 26 de agosto de 1966 dictada por el Gerente del Terminal Marítimo de Santa Marta que obra a folios 20 y 21 del primer cuaderno. La indemnización contemplada en el ordinal d), del artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo equivalente a treinta meses de salario asciende por lo tanto a $92.362.70, suma a cuyo pago se condenará a la entidad demandada.

Cuanto a la indemnización contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo observa la Sala que la Empresa Puertos de Colombia ha sostenido con razones más o menos atendibles que se encontraba exonerada de pagar la prestación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto había reconocido una pensión de invalidez por el accidente de trabajo sufrido por Diago, pensión que ha venido cancelando. Esta posición de la entidad demandada sostenida durante el agotamiento de la vía gubernativa y luego en el proceso revela su buena fe al no reconocer la prestación solicitada, por lo cual se debe absolver de la indemnización por mora y como eso hicieron los falladores de instancia, no se casará en este aspecto la sentencia de segundo grado.

Las costas de la primera instancia se impondrán en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de Empresas Puertos de Colombia por haber prosperado parcialmente la demanda. No hay condena en costas por la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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 veintinueve de abril de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil-Laboral en cuanto confirmó la absolución de la petición por treinta meses de salarios, y en sede de instancia REVOCA el fallo de primer grado en cuanto produjo dicha absolución, y en su lugar,

Resuelve:

1º CONDENASE a Empresas Puertos de Colombia a pagar a Arcadio Diago la suma de NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON 70/100 ($92.362.70) M/cte. por concepto de la prestación que establece el ordinal d) del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo. NO SE CASA EN LO DEMAS.

Costas de la primera instancia en un 50% a cargo de Empresas Puertos de Colombia. Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ERROR ARITMETICO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D.E., abril diez y ocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 16).

Como se observa que en la sentencia de abril catorce de mil novecientos setenta y siete proferida para resolver el recurso de casación en el juicio seguido por Arcadio Diago contra Empresa Puertos de Colombia se incurrió en error aritmético consistente en que al multiplicar treinta (30) por tres mil doscientos treinta y seis pesos con 27/100 ($3.236.27) se obtuvo un producto de noventa y dos mil trescientos sesenta y dos pesos con 70/100 m. l., ($92. 362.70) siendo aquí que el resultado correcto es de noventa y siete mil ochenta y ocho pesos con 10/100 (97.088.10) m.l., se procede oficiosamente, en los términos del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, a efectuar la correspondiente corrección. Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Resuelve:

1º CORRIGESE el error aritmético contenido en la sentencia de abril catorce de mil novecientos setenta y siete y en consecuencia se fija como valor de la condena impuesta a Empresa Puertos de Colombia y a favor de Arcadio Diago por concepto de la prestación establecida en el ordinal d), del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, el de NOVENTA Y SIETE MIL OCHENTA Y OCHO PESOS CON 10/100 ($97.088.10).

Notifíquese y cúmplase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR SER LLAMADO EL TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIO MILITAR

Condenación por mora. Buena o mala fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 4863).

(Acta Nº 15).

Melquíades Reyes, mayor de edad, vecino de Samacá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 6'741.519 expedida en Tunja, demandó por medio de apoderado a Siervo Muñoz Gómez y a la sucesión de María del Carmen Isaza de Muñoz, para que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente desde el 12 de octubre de 1952 hasta el 7 de septiembre de 1969, y para que como consecuencia de ello, se condenara solidariamente a los demandados a pagar al actor, salarios insolutos, cesantía, jubilación, vacaciones, primas de servicio sobrerremuneración por trabajo en festivos y domingos, valor de horas extras diurnas y nocturnas, indemnización por terminación del contrato de trabajo, indemnización por falta de pago, lo demás que resulte probado en el juicio y las costas del proceso.

Los hechos presentados en la demanda son:

"1º Los esposos Siervo Muñoz Gómez y María del Carmen Isaza de Muñoz contrataron verbalmente los servicios de mi poderdante Melquíades Reyes, cuando éste era joven, para que les trabajara como ayudante-secretario de un camión de su propiedad marca Ford, modelo 1954 F-600, con placas Nos. 52-74 dedicado al transporte de carga, y como obrero en labores agrícolas y ganaderas.

"2º En razón del contrato de trabajo así celebrado, Melquíades Reyes trabajó en forma continua y permanente, bajo la continuada dependencia y subordinación de los esposos Muñoz-Isaza de Muñoz, desde el 12 de octubre de 1952 hasta el 7 de septiembre de 1969, o sea durante 16 años y 11 meses.

"3º El trabajo ejecutado por mi poderdante en beneficio exclusivo de sus patronos, se desarrollaba en la siguiente forma:

"a) De las cinco a las ocho de la mañana ordeñaba las vacas en número de 14 a 20, en las fincas de propiedad de los mismos denominadas 'El Puerto', vereda de Quite y 'San Antonio', vereda de Tebaquirá, en jurisdicción del Municipio de Samacá, y entregaba la leche al carro de la 'Lechería San Luis',

"b) De las ocho de la mañana en adelante se ocupaba en labores agrícolas y ganaderas en las mencionadas fincas, tales como sembrar papa, trigo, maíz, fríjol, arveja, etc. etc., deshierbar, aporcar, y recolectar las cosechas, reparar las cercas de los potreros, ver de los ganados, abrir vallados, zanjas y acequias.

"c) Cuando le salía carga al camión para transportar a Tunja, Duitama o Sogamoso, dejaba los trabajos que estuviera haciendo y se dedicaba al cargue y descargue del carro y al cobro del valor del transporte de las mercancías, y

"d) En los meses de febrero y marzo de todos los años, durante determinadas horas de la noche, ayudaba a regar los cultivos que hubiera con una motobomba marca 'Mercedes' la cual manejaba el trabajador.

"4º La jornada de trabajo se iniciaba como ya se dijo, a las cinco de la mañana y terminaba a las seis de la tarde; y en los meses de febrero y marzo que había que regar, trabajaba de las siete a las doce de la noche.

"5º La jornada máxima legal para esta clase de labores es de 9 horas al día y 54 a la semana; como el trabajador sobrepasó este límite, tiene derecho al pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas y a los recargos correspondientes.

"6º El salario pactado entre los esposos Siervo Muñoz Gómez y María del Carmen Isaza de Muñoz con mi poderdante Melquíades Reyes, fue de diez pesos ($10.00) diarios a trescientos pesos ($300.00) mensuales, más alimentación y hospedaje y con derecho a tener en la hacienda dos corderos, una novilla y a disfrutar de una parcela de tierra para cultivos.

"7º Los patronos demandados no pagaron a mi poderdante la totalidad de la remuneración pactada. Solamente, a cuenta del salario le daban alimentación y hospedaje y en el año sumas de dinero que se acercaban a quinientos pesos ($ 500.00) para el vestuario; y en cuanto a las becas para animales y terreno para sembradío no cumplieron. Le deben por lo tanto los salarios insolutos en la forma convenida.

"8º Mi poderdante Melquíades Reyes trabajó todos los días festivos y dominicales en labores de ordeño de vacas y cargue y descargue del camión, sin que se le haya dado el descanso compensatorio, ni se le haya pagado el recargo correspondiente.

"9º Los patronos no le concedieron al trabajador las vacaciones a que tenía derecho durante el tiempo servido y por ello es procedente su compensación en dinero.

"10. Durante el tiempo que Reyes trabajó a los demandados, éstos no le pagaron ningún valor por concepto de primas de servicio.

"11. El día siete (7) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), los patronos demandados dieron por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo con mi patrocinado, a quien despidieron inmotivada e intempestivamente y como complemento, Siervo Muñoz Gómez, le pegó, razón por la cual tuvo que ser hostpitalizado. El despido injustificado trae consigo la indemnización de perjuicios por lucro cesante y daño emergente, a la cual deben ser condenados los demandados.

"12. En la fecha en que los patronos demandados dieron por terminado unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa, no le pagaron al trabajador Reyes el saldo de salarios y prestaciones sociales debidos, ni le han pagado hasta el momento, haciéndose por tanto acreedores a la sanción moratoria.

"13. La liquidación de los salarios y prestaciones debe hacerse teniendo en cuenta el salario en dinero y en especie, este último estimado principalmente, y,

"14. Los patronos tienen un capital superior a ochocientos mil pesos ($800.000.00) M/cte, estando por consiguiente obligados a pagar la totalidad de las prestaciones e indemnizaciones demandadas."

El apoderado de los demandados propuso excepciones de inexistencia de la obligación y de inepta demanda, y negó todos los hechos relatados en el libelo.

El Juez Laboral del Circuito de Tunja, en sentencia de 13 de marzo de 1974, declaró la existencia de relación laboral entre las partes desde el 1º de marzo de 1955 hasta el 31 de enero de 1961, condenó a los demandados a pagar al actor $3.631.16 por salarios insolutos, $2.501,70 como auxilio de cesantía, $1.251.81 en compensación de vacaciones, $2.288.75 como primas de servicios, $14.15 diarios desde el 1º de febrero de 1961 hasta que se pague el valor de los salarios y prestaciones debidos, como indemnización por mora, y el 50% de las costas de la instancia; y absolvió a los demandados de las demás peticiones de la demanda. El apoderado de los demandados apeló de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en fallo de 30 de julio de 1974, confirmó en todas sus partes el proveído de primer grado e impuso costas al apelante. El apoderado de los demandados interpuso contra la providencia del ad quem, recurso de casación que concedió el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con fundamento en la primera causal de casación laboral, se presentan dos cargos. Hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Se pretende la casación parcial del fallo acusado en cuanto confirmó totalmente la sentencia de primer grado, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia, revoque el literal e), del numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia del a quo y absuelva de la indemnización moratoria a los demandados Siervo Muñoz Gómez y a la sucesión de María del Carmen Isaza de Muñoz.

Primer cargo

Se acusa infracción directa de los artículos 51 ordinal 5º y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, y consiguiente aplicación indebida de los artículos 61 y 65 del mismo estatuto.

Dice el recurrente:

"Fundamentó el cargo en que la sentencia recurrida tuvo como evento constitutivo de terminación del contrato de trabajo lo que para el Código Sustantivo del Trabajo es sólo una causal de suspensión del contrato, como es la prestación del servicio militar.

"En efecto, el ord. 5º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, enseña que la prestación del servicio militar constituye suspensión del contrato. Y el Art. 53 del mismo estatuto, determina en forma expresa los efectos de la suspensión que son únicamente los de interrumpir la prestación de las obligaciones principales del contrato, mientras subsista el hecho que dio motivo a esa suspensión.

"No es necesario entrar a especular sobre el sentido y alcance de los artículos, citados porque la doctrina y el texto mismo de las normas, los tiene plenamente clarificados. No hay duda alguna de que la prestación del servicio militar en nuestra legislación, constituye suspensión del contrato.

"Sin embargo, el Tribunal al encontrar el hecho de la prestación del servicio militar del actor, no lo encuadró conforme el ord. 5º del artículo 51, que lo tipifica exactamente, ni lo evaluó al tenor del artículo 53 que regula los efectos de la prestación del servicio militar. El Tribunal en vez de hacer esto, desconoció esas dos normas que expresamente contemplan y regulan este evento del llamado a las armas, y en franca rebeldía con la ley dejó de aplicar las dos disposiciones citadas. Es así como para la sentencia recurrida, la prestación del servicio militar no constituyó causal de suspensión ni produjo los efectos de ésta sino que la hizo tipificar otro término distinto al previsto en esas dos normas, como es la terminación del contrato de trabajo."

Explica luego el recurrente como el sentenciador ante la imposibilidad de precisar una fecha de terminación del contrato, optó por tener como terminación al ingreso al servicio militar, con lo cual violó la ley en la forma propuesta, y explica que si no hubiera cometido esa violación, no habría podido configurar la terminación del contrato en la fecha del ingreso al servicio militar, ni habría podido decretar la indemnización por mora que solamente se cuenta desde la terminación del contrato.

El opositor después de referirse a los términos generales del juicio, admite que la llamada a filas apenas suspende el contrato de trabajo, para alegar que en el presente caso, por no haberse demostrado que el trabajador reingresó a la terminación del servicio, ha de tenerse la llamada como terminación, y concluye que no se cometieron las violaciones alegadas.

Se considera

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en fallo en que se limita a copiar la sentencia de primera instancia, dice:

"Relacionado el hecho de la prestación del servicio militar por parte de Melquíades Reyes con la duración de la relación laboral entre Reyes y Muñoz, hay que concluir forzosamente, que Melquíades Reyes laboró al servicio de Muñoz y de su señora, hoy de Siervo Muñoz y de la sucesión de María del Carmen Isaza de Muñoz, desde el 1º de marzo de 1955 hasta el último de enero de 1961."

El numeral 5º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo es claro al decir que el contrato de trabajo se suspende por ser llamado el trabajador a prestar servicio militar, y el artículo 53 de la misma obra, determina los efectos de la suspensión

sin comprender en ellos la terminación del contrato de trabajo, luego con el solo conocimiento de esas dos normas, se llega necesariamente al convencimiento de que el llamamiento del trabajador al servicio militar, no termina el contrato de trabajo.

Como el sentenciador consideró que la relación laboral había terminado por el llamamiento del trabajador a prestar servicio militar, ignoró las normas señaladas, por lo cual las violó por infracción directa de ellas.

Esa violación determinó la aplicación indebida de los artículos 61 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque aplicó la norma que señala los casos de terminación del contrato a una que sólo es de suspensión y consecuencialmente condenó a la indemnización por no pago desde la fecha de suspensión, cuando el precepto solamente permite esa sanción desde la terminación del vínculo laboral.

Y no se diga como lo afirma el opositor, que la falta de prueba del reintegro convierte la suspensión en terminación, porque tal razonamiento transforma un problema probatorio en una modificación de los textos legales.

Las violaciones demostradas son suficientes para la prosperidad del cargo en cuanto al alcance de la impugnación.

Consideraciones de instancia

Dice el fallo de primer grado:

"No se puede aseverar que prestado el servicio militar, Melquíades Reyes reanudó la prestación de servicios a Siervo Muñoz y a su señora, porque a pesar de que el testigo VICENTE TORRES manifiesta que después de que vino del cuartel Reyes, lo vio otra vez en el carro de MUÑOZ, hasta 1969, el mismo deponente expresa que no sabe qué domingos lo vio trabajando, ni en qué meses ni en qué años y que no supo cuando se retiró ni la causa del retiro, además de que en forma clara expone su ignorancia en cuanto a la fecha en que REYES reanudó labores al servicio de MUÑOZ. Sobre esta segunda etapa de servicios prestados por Reyes a la parte demandada, no aparecen testimonios precisos, concretos y verosímiles que permitan a este Despacho hacer la declaración de existencia de relación laboral alguna. Pero esta razón hay que circunscribirla al período atrás determinado.

"En cuanto al segundo período a que ya se hizo referencia, los declarantes Ramos Ruiz, José del Carmen Rodríguez, Vicente Torres y Octavio Franco, no ofrecen credibilidad por los defectos de imprecisión y de vaguedad de que adolecen sus declaraciones.

El testigo Ramos Ruiz asegura que vio al demandante trabajando para los demandados desde 1956 hasta 3 años antes de la declaración, o sea, hasta 1969, con lo cual se establece trabajo posterior al servicio militar que terminó en 1962, aunque no pueda determinarse exactamente el día del reintegro ni el de la terminación del vínculo ni la duración de la jornada ni el trabajo extraordinario o en días de descanso.

El testigo José del Carmen Rodríguez conoció al demandante en 1965 ó 1966, cuando estaba trabajando para los demandados, época posterior al servicio militar, luego el hecho del reintegro no puede negarse ante ese testimonio, aunque se determinan otras circunstancias.

El testigo Vicente Torres dice expresamente que vio trabajando al demandante después del regreso del servicio militar, y aunque las circunstancias de duración, jornada y trabajo extraordinario no se precisan, se acredita el hecho del servicio posterior a 1962.

Los testigos coinciden en un hecho que es el del trabajo posterior a la prestación del servicio militar, sin que la determinación de las circunstancias sobre jornada y duración autoricen el afirmar como lo hace el a quo, que no hubo servicio alguno después de la suspensión por llamamiento a filas.

De lo anterior resulta que no aparece demostrada la fecha de terminación del vínculo laboral.

Por otra parte, el fallador a quo dijo:

"En cuanto al literal (i) que persigue la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hay que hacer las siguientes consideraciones:

"1º La parte demandada violó los preceptos del artículo 30 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionados con el contrato de menores de 18 años, cuando estas personas son contratadas como trabajado-

res. En consecuencia debe aplicársele el artículo 31 de la misma obra, a excepción de la multa que considera este Despacho extemporánea;

"2º El haber alegado los representantes de la parte demandada que con Melquíades Reyes solamente se celebraron contratos de compañías, en épocas en que el demandante era menor impúber y cuando más, menor púber;

"3º El hecho de eludir la parte demandada el pago de parte de los salarios y el total de las prestaciones sociales, requisito que exige la ley al terminar el contrato laboral con trabajadores mayores de edad, es decir capaces, y que en el caso que nos ocupa se trataba de un menor de edad.

"Las anteriores consideraciones, configuran a juicio de este Despacho, conductas contrarias a la buena fe que llevan al Juzgado a considerar procedente la condena por la indemnización contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a cargo de la parte demandada y en favor del demandante."

Ninguno de los tres fundamentos que el a quo da a la indemnización por mora, corresponden a lo que la jurisprudencia ha entendido respecto a la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El que se haya contratado un menor sin autorización de sus padres o de las autoridades correspondientes, asunto no debatida en el juicio como cuestión principal, no puede ser fundamento de la condenación por mora, ya que si a la terminación de la relación laboral no contractual, se pagan los salarios y prestaciones, no hay lugar a la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El alegar la existencia de contratos de compañía en vez del contrato de trabajo no implica por sí mismo mala fe, ya que si se demuestran tales contratos, procederá la absolución y si se prueba que esas alegaciones tuvieron algún fundamento, puedan dar lugar a la exoneración de la sanción. La falta de pago de los salarios y de las prestaciones de la base para la condenación por mora, pero esa falta de pago puede provenir de buena fe que debe examinarse según la jurisprudencia, para saber si procede la aplicación de la sanción o la exoneración de ella.

La existencia del contrato de trabajo se determinó porque varios testigos manifestaron haber visto al demandante ejecutando labores en la finca del señor Siervo Muñoz, pero ninguno pudo calificar la relación laboral como propia de un contrato de trabajo que hubieran visto celebrar. Por otro lado, los testigos José Zenón Betancur Gil y José del Carmen Rodríguez manifestaron que el propio Melquíades Reyes les había manifestado que tenía contratos de compañía con el señor Muñoz. Es verdad que esos testimonios no demuestran la existencia de tales contratos, pero si prueban el dicho del propio demandante. Mas si se hubieran demostrado los citados contratos de compañía se habría desvirtuado la presunción de contrato de trabajo.

En tales circunstancias, es necesario pensar que se ha de llegar a la existencia del contrato de trabajo por presunción legal, pero que los testimonios sobre el dicho del demandante, hacen ver la posibilidad de que la relación hubiera tenido en parte por lo menos, carácter distinto al vínculo contractual laboral, y que la negativa al pago de todos los salarios y prestaciones reclamados no hubiera sido temeraria ni de mala fe, lo que hace que conforme a la jurisprudencia reiterada, se haya de absolver de la indemnización por falta de pago. Además, como ya se dijo, tampoco aparece demostrada la fecha de la terminación real del vínculo.

Será procedente entonces, revocar la condenación que por tal extremo contiene la sentencia de primera instancia.

Dentro del recurso de casación no será necesario estudiar el segundo cargo, porque con la prosperidad del primero se logró el alcance de la impugnación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio seguido por Melquíades Reyes contra Siervo Muñoz Gómez y la sucesión de María del Carmen Isaza de Muñoz, en cuanto confirmó la condenación al pago de indemnización por mora, y obrando co-

mo tribunal de instancia, REVOCA el literal e), del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Juez Laboral del Circuito de Tunja, al trece de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, en el mismo juicio, y en su lugar, ABSUELVE a Siervo Muñoz Gómez y a la sucesión de María del Carmen Isaza de Muñoz, de la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora (salvó voto).

Vicente Mejía Osorio. (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 4863

Disiento de la sentencia proferida dentro del expediente de la referencia, por los siguientes motivos:

Como lo indiqué explícitamente ante la mayoría de la Sala, para el sentenciador censurado cierto es que no le fue extraño admitir el hecho de la prestación del servicio militar del demandante y sus fechas exactas de duración. En efecto, basta transcribir el siguiente pasaje que acoge del a quo el ad quem, en su proveído:

"Obran en autos fl. 81 una certificación del Mayor Luis Carlos Cruz Pabón, Jefe de la División de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional, en donde aparece que Melquíades Reyes ingresó como soldado en la guarnición de Tunja, el primero de febrero de 1961 hasta el 30 de diciembre de 1962. La certificación aducida, es un documento público el cual fue incorporado al expediente en legal forma, el 18 de enero de 1973, sin que hubiera sido tachado de falso. Al tenor de los artículos 262 ss., y concordantes del C. de P. C., es plena prueba. Lo anterior significa que se encuentra plenamente demostrado el hecho de que Melquíades Reyes prestó servicio militar, a partir del 1º de febrero de 1961 hasta el 30 de diciembre de 1962" (fl. 25 Cdno. 4).

Enseguida relaciona el precedente hecho —el servicio militar— con el referente a la fecha de extinción del contrato laboral, entendiendo que ésta correspondía al día inmediatamente anterior al siguiente cuando ingresó al cuerpo armado, porque después de que regresó del servicio no aparece prueba eficaz que acredite haberse reanudado la prestación de servicios laborales en beneficio de los demandados.

Y dando luego como pertinente la fecha anterior a la del día cuando ingresó al servicio militar el demandante, la que configuró como cierta de la terminación del vínculo jurídico contractual-laboral, a ella se atuvo para confirmar un tiempo total de servicios prestados por el actor, período este sobre el cual se liquidaron las condenas impartidas por concepto de salarios insolutos, auxilio de cesantía, vacaciones compensadas y primas de servicio, y del cual se dedujo —tomándolo equivocadamente, como fecha de expiración del contrato— el día desde el cual se impartía condena por sanción moratoria hasta aquél cuando los demandados efectuaron el pago al actor de los salarios y prestaciones, a los que fueron condenados.

Consiguientemente se infiere que el fallador impugnado haya demostrado que estando el demandante desarrollando su contrato laboral, ingresó al servicio militar el 1º de febrero de 1961 y en él estuvo hasta el 30 de diciembre de 1962, y que al cesar éste el servicio castrense, porque no obran de autos pruebas que suficientemente lo acrediten, no se reanudó la ejecución de su contrato en la "segunda parte", hecho este negado, como en absoluto lo niegan los demandados, quienes siempre afirmaron, desde la contestación del libelo inicial, de que entre las partes nunca existió contrato de trabajo, sino unos esporádicos de aparcería o compañía.

Es así como se hace evidente que el ad quem, al adoptar como fecha de expiración del contrato la misma correspondiente a la fecha inmediatamente anterior a la de ingreso del demandante a prestar el servicio militar, está olvidando la existencia del artículo 51 y su ordinal 5º del Código Sustantivo del Trabajo, norma en la que se dispone que el contrato de trabajo se suspende "por ser llamado el trabajador a prestar servicio militar", y de que, solamente después, si el trabajador no llegare a reincorporarse a la prestación del servicio laboral, lo que debía hacer dentro

de los treinta días siguientes al día de cesación del servicio militar, podía legalmente entenderse como extinguido, al día siguiente, el vínculo jurídico laboral contractual que lo ligaba con sus patronos.

En consecuencia, no habiendo ocurrido la reanudación del demandante de su tarea laboral, o reintegro del mismo a continuar prestando sus servicios laborales en beneficio de sus patronos, es obligado aceptar, de conformidad con la ley, que el contrato de trabajo no había terminado el día anterior al de su ingreso a filas, sino el día cuando expiraban los treinta días siguientes a la cesación del servicio militar.

Por lo tanto, si el sentenciador acusado establece como fecha de extinción del vínculo jurídico contractual el día anterior a aquél de ingreso del actor al servicio militar, y hace caso omiso del día correspondiente a aquél cuando finalizó el transcurso de los treinta días siguientes —fecha esta en la que advierte el reintegro del demandante a la reanudación de la prestación de sus actividades laborales y en la que legalmente se extinguía el vínculo jurídico contractual—, ello comporta olvido de la dicha norma —como lo indica el recurrente—, pero circunscrita, en tiempo, hasta el 30 de enero de 1963, día este cuando ya han transcurrido los treinta días para su reintegro y en la cual debe entenderse que expiró el término de duración del contrato de trabajo cuestionado, y desde la cual podía, válidamente, impartir condena de indemnización, como sanción por mora; y, significa también una decisión que viola el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo —como se le atribuye, en parte, el impugnador—, pues únicamente, observando la ley, podía imponerse esta condena a partir de la fecha cuando terminaba el vínculo jurídico contractual laboral que ligaba al actor con los demandados, esto es, a paritr del 31 de enero de 1963. Mas cuando el mismo fallador asevera que con posterioridad a la prestación del dicho servicio militar no se reanudó la ejecución del contrato, porque "...sobre esta segunda etapa de servicios prestados por Reyes a la parte demandada, no aparecen testimonios precisos, concretos y verosímiles que permitan a este Despacho hacer la declaración de existencia de relación laboral alguna..." (fl. 25 Cdno. 4).

Empero, frente a esta claridad ostensible, la mayoría partiendo del presupuesto cierto de que el ingreso a la prestación del servicio militar no extingue el contrato de trabajo sino que lo suspende, incurre en el equívoco, sofísticamente, de entender que después de cesar esa tarea militar no hubo finalización del vínculo contractual laboral al no reintegrarse el demandante a su actividad laboral, porque resulta "....que no aparece demostrada la fecha de terminación del vínculo laboral" .... Cuando lo verdadero es, como así lo encuentra acreditado el sentenciador impugnado, analizando acertadamente algunos testimonios —los que señala la mayoría en sus consideraciones de instancia—, que sobre la segunda etapa de servicios laborales —los que hubiera podido prestar el demandante a la finalización de su servicio militar—, no ocurrió la prosecución de la relación laboral y que por tanto la considera terminada. Tanto que de esta manera concluyó el fallador: "En cuanto al segundo período a que se hizo referencia, los declarantes Ramos Ruiz, José del Carmen Rodríguez, Vicente Torres y Octavio Franco, no ofrecen credibilidad por los defectos de imprecisión y de vaguedad de que adolecen sus declaraciones" (fl. 26 Cdno. 4).

De otra parte, la mayoría conjetura que "...es necesario pensar que se ha de llegar a la existencia del contrato de trabajo por presunción legal, pero que los testimonios sobre el dicho del demandante hacen ver la posibilidad de que la relación hubiera tenido en parte por lo menos carácter distinto al vínculo contractual laboral, y que la negativa al pago de todos los salarios y prestaciones reclamados no hubiera sido temeraria ni de mala fe, lo que hace conforme a la jurisprudencia reiterada, se haya de absolver de la indemnización por falta de pago. Además, como ya se dijo, tampoco aparece demostrada la fecha de terminación real del vínculo".

En este aspecto también la mayoría se aparta de la realidad evidenciada en el proceso. Porque, al contrario, si está demostrado en el juicio que el actor no se reintegró al servicio laboral en favor de los demandados una vez expiró su activi-

dad militar, lo que vale decir que su vínculo contractual de trabajo terminó el día siguiente al vencimiento de los 30 días siguientes a la cesación de su servicio militar —como antes lo observé—. Entonces, forzosamente, por simple lógica, tiene que admitirse que no se reanudó la ejecución de su contrato de trabajo. Y, de igual manera, si el demandante, con base en eficaz prueba testimonial, como la acepta el sentenciador atacado, logró demostrar la existencia de una relación laboral, que según él, se realizó materialmente hasta la fecha de su ingreso a su tarea militar, ello permite y conduce a deducir, que no es atinado pensar que habría de llegarse a la existencia de contrato de trabajo, por presunción legal, lo que significaría hacer desaparecer las pruebas que fehacientemente obran de autos y que así lo demuestran. Arrojando todo, como certeza absoluta, que es y fue temeraria la conducta de los demandados, pues que ante su continuada aseveración de que habían existido solo contratos de aparcería o compañía con el demandante, nunca lo demostraron a lo largo del juicio. Por consiguiente es obligado, siguiendo reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, dar como manifiesto y evidente la mala fe patronal y aplicar inflexiblemente el artículo 65 del Código de Procedimiento del Trabajo, desde el día antes señalado cuando realmente terminó el vínculo contractual laboral entre las partes, esto es a partir del 31 de enero de 1963, como antes lo señalé.

Finalmente, como en algunas afirmaciones el recurrente demandado al proponer sus dos cargos afirma tenazmente para fundar su acusación, que el contrato de trabajo cuestionado había terminado el 7 de septiembre de 1969 —lo que no es así porque terminó el 31 de enero de 1963—, la mayoría tampoco se acogió a esa fecha y estimó, en cambio, haciendo caso omiso y olvidando el querer y afirmación del recurrente, que no se sabía el día de la finalización del cuestionado contrato.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha ut supra.

Hernando Rojas Otálora

FACULTAD DEL PATRONO PARA DESPEDIR A LOS TRABAJADORES QUE INTERVINIERON O PARTICIPARON EN LA SUSPENSION ILEGAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5755).

(Acta Nº 15).

Arturo Manuel Vega Hernández, mayor de edad, vecino de Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 7'397. 346 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a la compañía Pizano S. A., para que fuera condenada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba y a pagarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y subsidiariamente, para que fuera condenada a pagarle indemnización por despido sin justa causa y pensión de jubilación desde la fecha en que cumpla 50 años de edad.

Los hechos fueron relatados así:

"1º Mi representado trabajó al servicio de la empresa TRIPLEX PIZANO S. A., hoy, PIZANO S. A., donde el día 17 de abril de 1958, hasta el día 17 de febrero de 1975, es decir, durante más 16 años en forma continua.

"2º El salario básico devengado por mi mandante era de $67.10 diarios.

"3º El 13 de diciembre de 1974 el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por medio de la Resolución Nº 03759, declaró ilegal un cese de actividades realizado por un grupo de Trabajadores de la empresa PIZANO S. A., y autorizó a esta empresa para despedir a los trabajadores que hubieran intervenido o participado en la cesación colectiva de actividades, señalando expresamente en el artículo segundo de la Parte resolutiva que esa 'Facultad (de despedir) que la Ley concede a la empresa..' 'Sólo podrá ejercerse previo concepto de las autoridades administrativas del Trabajo, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2164 de 1959, con el debido procedimiento señalado en las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959.'

"4º Una vez notificada la empresa demandada de la Resolución comentada y acogiéndose al texto y al espíritu de la Resolución, solicitó, por medio de Memorial de fecha diciembre 23 de 1974 a las autoridades administrativas del Trabajo en el Departamento del Atlántico, autorización para despedir a un grupo de Trabajadores que a su juicio eran los responsables del Paro.

"5º El Inspector Nacional del Trabajo y Seguridad Social, Dr. JOSE DANTE CASAROSA, adelantó una investigación 'exhaustiva' y el 6 de febrero de 1975 (dos días después de solictiar un favor, por medio de Telegrama Oficial, al Jefe de Personal de la empresa PIZANO S. A., en donde, además, se declaraba como 'Atento, Seguro servidor y Amigo') profirió una resolución por medio de la cual autorizó a la empresa PIZANO S. A., a despedir a 32 Trabajadores entre los cuales se encuentra mi representado, advirtiendo que contra la Resolución 'Proceden los recursos de Reposición por ante el funcionario que la dictó y en subsidio, el de Apelación.'

"6º La empresa demandada sin esperar que los recursos de Reposición y Apelación fueran resueltos, es decir, sin estar ejecutoriada la Resolución que la faculta para despedir, despidió a mi mandante el día 17 de febrero de 1975."

La demanda no fue contestada, pero el apoderado de la compañía manifestó en la primera audiencia de trámite, que se atenía a lo que se probara en el juicio y que

se oponía a las pretensiones del actor.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla en sentencia de 11 de junio de 1976, condenó a la Compañía Pizano S. A., a pagar a Arturo Manuel Vega Hernández $50.070.40 como indemnización por despido, $ 1.400.44 mensuales desde que cumpla 50 años, como pensión de jubilación, y las costas de la instancia. Ambas partes apelaron de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de 5 de agosto de 1976, revocó el fallo apelado y en su lugar, condenó a la compañía Pizano S. A., a reintegrar a Arturo Manuel Vega Hernández al cargo que desempeñaba, y a pagarle los salarios dejados de percibir desde el 17 de febrero de 1975 hasta que sea reintegrado, y no hizo condenación en ninguna de las instancias. El apoderado de la demandada interpuso contra el fallo del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Fue sustentado mediante demanda que presenta dos cargos con fundamento en la causal primera de casación laboral.

Hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Fue expresado así:

"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."

Como cuestión previa al estudio de los cargos, el opositor presenta la falta de cuantía del interés jurídico para recurrir, pues alega que los salarios a que fue condenada la recurrente, no alcazaban para la fecha de la sentencia ni aun para la de admisión del recurso, el valor de $50. 000.00 que el artículo 15 de la Ley 16 de 1968 señala como mínimo de esa cuantía.

Sobre la cuestión planteada, cabe observar que la oportunidad procesal para que la Corte la considere, es la providencia en que resuelve sobre la admisibilidad del recurso, y para alegarla el opositor, el tiempo anterior a la ejecutoria de esa decisión.

En el caso presente se tiene que la sentencia recurrida impuso a la parte demandada no solamente el pago de los salarios dejados de percibir, sino también la obligación de reintegrar al trabajador, lo cual implica una carga no inferior al valor de la indemnización por despido que hubiera tenido que pagar en caso de que no se hubiera decretado el reintegro, y esa indemnización en atención al tiempo servido, equivaldría a más de 520 días, que a razón de $67.10 diarios, valía más de treinta mil pesos, que con el monto de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia de segunda instancia, sobrepasa el límite mínimo señalado por la ley como cuantía del interés para recurrir.

Primer cargo

Está presentado de la siguiente manera:

"Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el Parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, en relación con los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, artículo 1º de la Resolución Nº 1064 de 1959 y artículo único de la Resolución Nº 1091 de 1959, expedidas por el Ministerio del Trabajo.

"La mencionada infracción legal dio lugar a que la sentencia recurrida violara también directamente, por aplicación indebida, el artículo 8º, numeral 5º, del citado Decreto Ley 2351 de 1965."

Para la demostración del ataque, considera el recurrente que el fallador exigió como causal o motivo de la terminación del contrato, el texto de la norma legal que autoriza dicha terminación; estima el censor que fue errado el entendimiento de la norma porque ella solamente exige la manifestación de la causal o motivo que sirve para la extinción, o sea, la razón o causa que mueve a ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa; advierte el atacante que la compañía señaló ese motivo o cau-

sa al indicar la Resolución que declaró la ilegalidad del cese colectivo del trabajo; cita jurisprudencia sobre la no exigencia legal de señalar la disposición que autoriza el despido; anota el acusador que la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad del pago y la nota sobre terminación del contrato fueron correctamente apreciadas; recuerda el impugnador que el derecho a despedir en tales casos, emana del inciso 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, aunque el ejercicio de ese derecho está condicionado a la declaratoria de la intervención o participación; deduce el apoderado de la demandada que ella no podía alegar otra causal o motivo distinto a la declaratoria de ilegalidad contenida en la Resolución citada, por lo cual dio cabal cumplimiento al parágrafo del Ar. 7º del Decreto 2351 de 1965; alega el recurrente que correspondía al trabajador desvirtuar su intervención o participación en el paro, pero que no lo hizo por olvidar que la intervención administrativa posterior se limita a evitar el despido de trabajadores que participaron pacíficamente por circunstancias ajenas a su voluntad o creadas por las condiciones mismas del cese, y por desconocer su propia confesión de haber intervenido en la suspensión ilegal del trabajo; y termina el impugnador con señalamiento de aplicación indebida del numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por hacer uso el sentenciador de facultad reservada al juez de primera instancia, en apoyo de lo cual cita sentencia de esta Sala.

El opositor afirma que la proposición jurídica es incompleta por no haberse citado el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, que trata de la duración indefinida, porque el 8º del mismo estatuto determina distintas indemnizaciones según la duración del contrato; arguye que el ataque no procede por la vía directa, ya que la expresión de la causal está relacionada con el material probatorio; alega que los despidos por ilegalidad del paro dependen de un acto complejo según el Decreto 2154 de 1959 y las Resoluciones 1064 y 1091 del mismo año, por lo cual era necesario que se concretara la situación jurídica individual de los trabajadores, lo que no ocurrió hasta agosto de 1975, sin que la demandada hubiera esperado el cumplimiento de tales trámites; alega el opositor que no hay constancia de que la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad hubiese sido conocida por el trabajador, y que no es esa declaratoria la que coloca al patrono en la posibilidad de despedir, sino la demostración posterior de que el trabajador intervino o participó en el paro; y finalmente, repara que la falta de capacidad del sentenciador de segundo grado para decretar el reintegro, llevaría a la confirmación del fallo del a quo y no a lo solicitado en el alcance de la impugnación.

Se considera

La omisión del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 en la cita de las disposiciones violadas, no hace incompleta la proposición jurídica, como lo pretende el opositor, porque el ad quem no trata de la duración del contrato ni impone indemnización alguna con relación a esa duración, como tampoco el recurrente busca modalidad alguna de indemnización en cuanto se refiere a esa misma duración.

Es verdad que el motivo del despido fue expresado en la comunicación respectiva, que constituye una prueba del proceso, pero no se trata en este cargo de que ese medio probatorio haya sido mal apreciado o dejado de estimar, sino de que habiéndose considerado correctamente, la interpretación errónea de las normas condujo a exigir un motivo distinto al que determina la ley, que fue manifestado y que el sentenciador lo encontró expresado en la carta de despido, por lo cual tampoco es atendible el reparo del opositor en el sentido de la desviación del ataque.

El sentenciador dice:

"De la transcripción de la carta de retiro se aprecia en forma objetiva que la empresa demandada al terminar unilateralmente el contrato de trabajo no alegó la causal o motivo que la movió a tomar tal determinación. Simplemente manifestó que con fundamento en la Resolución 03759 de diciembre 13 de 1974, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, terminaba el contrato. Es indudable que aplicando un estudio exegético del parágrafo mencionado, no se pueda admitir que la carta de despido referida reúna las exigencias que la norma establece, especialmente si se tiene

en cuenta que la Resolución del Ministerio fue producto de una situación jurídica individual y particularizada, entendiéndose como tal que la empresa favorecida es una sola sin incidencia en sus relaciones jurídicas con los trabajadores, y que sólo la actuación administrativa posterior, con base en los Decretos 1064 y 1091 de 1959, concretiza tales fundamentos en la persona del trabajador inculpado del paro ilegal e intempestivo de actividades. Cuestión distinta sería, si en la carta de despido se hubiera manifestado el motivo mismo, tal como lo dispone el artículo 450 numeral 2º del C. S. del T., y no en forma abstracta la Resolución del Ministerio. A juicio de la Sala hubo error en la manifestación de la causal o motivo para tomar la unilateral decisión con la consecuencia que el tal despido se debe considerar injusto por no haberse alegado en la forma y términos que la ley establece. O por mejor decir, como si la empresa no hubiere alegado motivo o causal alguna".

El inciso 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo dice: "Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él..... "

Luego según el texto legal claro, la facultad del patrono para despedir a los que hayan intervenido o participado en el paro es la declaratoria de ilegalidad del mismo, y esa declaratoria es el motivo de terminación del contrato, según la calificación expresa de la ley.

Como la declaratoria de ilegalidad de un paro laboral solo puede ser hecha administrativamente por el Ministerio del Trabajo, según lo previene el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, el señalamiento de la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad, es a la luz de las disposiciones comentadas, la manifestación del motivo o causal de terminación del contrato, y el cumplimiento del requisito exigido por el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

La facultad del patrono para despedir a los trabajadores que hubieran intervenido o participado en el paro ilegal, fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 2164 de 1959, en el sentido de que el Ministerio del Trabajo intervendrá con el objeto de evitar que el patrono despida a aquellos trabajadores que hasta el momento de la declaratoria de ilegalidad del paro, "hayan hecho cesación pacífica del trabajo pero determinada por cincunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro."

La intervención oficial prevista en el decreto, tiene un procedimiento determinado por el artículo 1º de la Resolución 1064 de 1959 y por el artículo único de la Resolución Nº 1091 del mismo año, que consiste en que el patrono presente la lista de los trabajadores que considere necesario despedir por haber intervenido o participado en la suspensión del trabajo y no estar comprendidos en la excepción del decreto, y en que el funcionario después de levantar un informativo completo, mediante resolución motivada, indique, si es el caso, qué trabajadores están comprendidos en la excepción de que trata el decreto.

La facultad del patrono para despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en la suspensión ilegal, hace de la declaratoria de ilegalidad del paro, según lo consagra el propio artículo 450 del C. S. del T. La calificación administrativa de los intervinientes o participantes que lo hicieron por causas ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro, no puede limitar la facultad patronal para despedir a los que participaron o intervinieron por su propia voluntad. Luego calificados los que no deben ser despedidos, el patrono puede terminar los contratos de los que hayan intervenido o participado por su voluntad.

De lo anterior se desprende que el fallador de segundo grado incurrió en interpretación errónea de los preceptos citados, porque entendió que la declaratoria de ilegalidad no era el motivo o causal de terminación, cuando la misma ley así lo llama, y porque derivó la facultad del patrono para despedir, de la calificación posterior cuando, las normas estudiadas demuestran que esa facultad emana de la declaratoria de ilegalidad y que se concreta a los que hubieran intervenido o participado voluntariamente en el paro.

Por la misma razón se ve que no tiene fundamento el opositor cuando afirma que la facultad de despedir solamente procede de la autorización administrativa poste-

rior a la declaratoria de ilegalidad del paro, porque el sentido claro del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo dice lo contrario, y si el decreto y las resoluciones citadas modificaran esa disposición, sería abiertamente ilegales y como tales no tendrían operancia ante la norma superior.

El opositor alega que el trabajador no conoció la Resolución sobre declaratoria de ilegalidad. Ese argumento de última hora, no se compadece con la realidad procesal, porque ello no fue materia de discusión en el juicio, porque en la demanda se expresa claramente el conocimiento de la Resolución Nº 03759 de 13 de diciembre de 1974 y de su contenido; y porque según lo dice el opositor, si el trabajador recurrió de la Resolución Nº 058 de 6 de febrero de 1975, tuvo que conocer esa providencia y en ella se expresa la existencia de la Nº 03759 de 1974 y su contenido, luego es lógico que la conociera desde "unos días antes de su despido."

La interpretación errónea de las normas estudiadas, que fueron las señaladas en el cargo, condujo a la aplicación indebida del numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, como lo acusa el recurrente, simplemente porque al no entender el sentenciador que el motivo alegado lo era conforme a las propias normas, aplicó la disposición sobre reintegro a un caso de despido injusto, cuando si hubiera interpretado correctamente las disposiciones, habría concluido que el motivo fue oportuna y correctamente alegado, por lo cual el despido no era injusto y no procedía el reintegro que ordenó.

Prospera la acusación y habrá de casarse la sentencia recurrida.

Consideraciones de instancia

A las razones observadas en el estudio del cargo, basta agregar que la carta de despido al señalar la Resolución Nº 03759 de 13 de diciembre de 1974 como causal o motivo de la terminación, estaba manifestando el motivo que la misma ley califica como tal, la declaratoria de ilegalidad contenida en esa resolución; que tal Resolución contiene esa declaratoria, que el trabajador intervino y participó en el paro según resulta de su propia manifestación ante el funcionario administrativo del trabajo; que no se presentó prueba alguna en contra de la intervención de Vega Hernández en el paro; y que en el momento del despido la resolución que calificaba los trabajadores que habían participado involuntariamente, entre los cuales no se encontraba el demandante, debía estar ejecutoriada para él porque no aparece en la copia del folio 30, que hubiera interpuesto recurso contra la mencionada providencia.

Como el despido tenía causa legal y el motivo fue oportunamente manifestado, no se puede considerar injusto el despido, y las pretensiones de la demanda que tienen fundamento en el despido injusto, carecen de apoyo, tanto los principales como las subsidiarias, de donde resulta improcedente lo decidido en la sentencia de primera instancia, que debe revocarse, y ha de absolverse a la demandada de todos los cargos del libelo inicial.

No es necesario estudiar el cargo segundo porque lo que con él se pretende ya fue obtenido con la prosperidad del primero.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de cinco de agosto de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio seguido por Arturo Manuel Vega Hernández contra Pizano S. A., REVOCA la sentencia de once de junio de mil novecientos setenta y seis, dictada en el mismo juicio, por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y en su lugar ABSUELVE a la compañía Pizano S. A., de todos los cargos formulados en la demanda de Arturo Manuel Vega Hernández.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(Referencia: Expediente Nº 5755).

Disiento de la sentencia proferida dentro del expediente de la referencia, por los siguientes motivos:

La mayoría de la Sala, aunque no estudia el cargo segundo propuesto por el recurrente, por cuanto lo pretendido con aquél lo obtiene con la prosperidad del primero, examina solamente éste, cuya enunciación y demostración las determinó así el censor:

Primer cargo

Causal primera de casación

(Art. 60 del Dto. 528 de 1964)

"Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea el Parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, en relación con los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, artículo 1º de la Resolución Nº 1064 de 1959, y artículo único de la Resolución Nº 1091 de 1959, expedidas por el Ministerio del Trabajo".

"La mencionada infracción legal dio lugar a que la sentencia recurrida violara también directamente, por aplicación indebida, el artículo 8º, numeral 5º, del citado Decreto-Ley 2351 de 1965".

La demostración del cargo

"El juzgador de la segunda instancia interpretó erróneamente el Parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, en el sentido de que dicha norma legal exige que se señale concretamente, como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo, el texto de la norma legal que autoriza dicha terminación del contrato".

Al respecto, lo que el ad quem dijo en su sentencia fue esto:

"El parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 dice que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, **la causal o motivo de esa terminación.** (Rayas de la Sala). Posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos".

"De la transcripción de la carta de retiro se aprecia en forma objetiva que la empresa demandada al terminar unilateralmente el contrato de trabajo no alegó la causal o motivo que la movió a tomar tal determinación. Simplemente manifestó que con fundamento en la Resolución 03759 de diciembre 13 de 1974, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, terminaba el contrato. Es indudable que aplicando un estudio exegético del parágrafo mencionado, no se puede admitir que la carta de despido referida reúna las exigencias que la norma establece, especialmente si se tiene en cuenta que la Resolución del Ministerio fue producto de una situación jurídica individual y particularizada, entendiéndose como tal que la empresa favorecida es una sola sin incidencia de sus relaciones jurídicas con los trabajadores, y que sólo la actuación administrativa posterior, con base en los Decretos 1064 y 1091 de 1959, concretiza tales fundamentos en la persona del trabajador inculpado del paro ilegal e intempestivo de actividades. Cuestión distinta sería, si en la carta de despido se hubiere manifestado el motivo mismo, tal como lo dispone el artículo 450 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo y no en forma abstracta la Resolución del Ministerio. A juicio de la Sala hubo error en la manifestación de la causal o motivo para tomar la unilateral decisión con la consecuencia que el tal despido se debe considerar injusto por no haberse ale-

gado en la forma y términos que la ley establece. O por mejor decir, como si la empresa no hubiere alegado motivo o causal alguno."

Frente a las anteriores exigencias transcritas, bien se infiere que no es cierto que el sentenciador impugnado en ninguna parte de su proveído haya dicho que el Parágrafo único del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 "...exige que se señale concretamente, como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo, el texto de la norma legal que autoriza dicha terminación del contrato...". Al contrario, si señala sin equívocas y le da el alcance verdadero que esta norma tiene, cual es el de que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción la causal o motivo de la terminación, y, que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos, como así mismo lo reconoce el censor al manifestar su criterio sobre el verdadero entendimiento de la aludida norma, cuando dice: que "...lo que exige claramente la citada disposición es que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo le manifiesta a la otra parte, en el momento de la extinción, la causal o el motivo que le sirve de fundamento para tomar dicha decisión, entendiendo por 'causal' la razón y motivo de alguna cosa, conforme al sentido natural de la de esa palabra; y por 'motivo', la causa o razón que mueve a ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa". (fl. 14 este C.)

De otra parte, el fallador de segundo grado —como se observa en la transcripción que antes se hizo—, claramente expresa "...que no se puede admitir que la carta de despido referida reúna las exigencias que la norma establece...", aludiendo de este modo a la inexistencia en tal carta de la exigida manifestación de causal o motivo de la terminación del contrato. Y sin que por ninguna razón pueda aceptarse que hubiera dicho o se entendiera, que en esa carta era imperioso señalar el texto legal de la norma legal que autoriza la terminación del contrato, como lo asevera el recurrente.

Queda así indefectiblemente establecido, que el ad quem sí interpretó correctamente el Parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, y que no fue equivocada la estimación que hizo de su contenido.

Además, si fuere un tanto más a fondo el ataque del censor, se llegaría también a la desestimación de este cargo y no prosperaría por cuanto, no obstante que inicialmente le atribuye al sentenciador una violación por interpretación errónea, pura y simple, luego, en su pretensión, involucra, para configurar el supuesto equivocado entendimiento que hace el juzgador del significado de la norma citada, cuestiones de hecho probatorias del proceso, lo que haría de por sí, igualmente, inestimable el cargo, por que tendría que haberse atribuido la violación por vía indirecta.

A pesar de que la mayoría de la Sala no examinó el cargo segundo por haber prosperado el primero, considero que el ad quem no incurrió en el evidente error de hecho que le imputa el recurrente en ese segundo cargo, ya que el citar un simple acto administrativo, cual es una resolución ministerial, ello no significa ni contiene la invocación de ninguna de las causales señaladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, como tampoco la que especifica el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo tanto estimo que al no prosperar ninguno de los dos cargos propuestos, la sentencia impugnada ha debido mantenerse y no debía casarse.

Fecha ut supra.

Hernando Rojas Otálora

CRITERIO DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ACERCA DE LA INTELIGENCIA QUE DEBE DARSE AL ART. 5º DEL DECRETO 2351 DE 1965, EN SU INCISO 2º

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 15).

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la sociedad denominada "El País Limitada" contra la sentencia de diez de abril de mil novecientos setenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de trabajo instaurado contra aquella entidad por Tulio Rómulo Paredes, a fin de que se la condenase a reintegrarlo al cargo que desempeñaba en la fecha en que fue despedido, o a otro similar, conexo o complementario y al pago de los salarios dejados de percibir desde esa fecha y hasta cuando el reintegro se efectúe; y, en subsidio, a pagarle la suma que resulte probada por concepto de indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo y una pensión proporcional de jubilación a partir de la fecha en que cumpla 50 años de edad.

Como fundamento de esas pretensiones afirmó que había prestado servicios personales a la demandada, con salario último mensual de $2.330.00, desde el 23 de septiembre de 1956 hasta el 17 de noviembre de 1973, fecha en la que fue despedido unilateral e injustamente; y que nació el 2 de junio de 1925.

La sociedad se opuso a las condenaciones impetradas aduciendo que el contrato celebrado con Paredes fue de duración indefinida, para desempeñar el cargo de linotipista; y que no hubo despido, sino que terminó, con base en el literal d) del artículo 6º y en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, porque dejaron de subsistir las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, lo cual explica de la siguiente manera:

"En la época en que se contrataron sus servicios —1956— el sistema para levantar periódicos era el de máquinas especiales llamadas linotipos, las cuales producían lingotes de plomo, con textos e imágenes en alto relieve, que la técnica moderna abolió y sustituyó por el sistema de fotocomposición offset, sistema este que se basa en máquinas especiales que elaboran textos fotográficos por medio de planchas insoladas fotográficamente y reveladas fotoquímicamente. .....". "La empresa, pues, para modernizar sus equipos, cambió el sistema de los linotipos por el de fotocomposición offset. Aquél era de ejecución tardía y de escaso rendimiento y éste, en cambio, de ejecución rápida y perfecta, con magnífico rendimiento, para poder competir en el mercado nacional con empresas similares que ya habían cambiado sus sistemas para imprimir periódicos y folletos". Como consecuencia de lo expresado, formuló oposición a las aspiraciones del actor.

El Juzgado del conocimiento —que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cali— puso fin a la primera instancia del juicio, por medio de sentencia proferida el cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco, condenando a la empresa a pagar al demandante la suma de $41.163.36 por concepto de indemnización por despido; $ 1.499.68 mensuales, a partir del 2 de junio de 1975, como pensión de jubilación y las costas del grado.

Apelada esta por el apoderado de la demanda, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en el fallo que es objeto del recurso de casación, la modificó en el sentido de disminuir la condenación por indemnización por despido a la suma de $ 41.120.97 y la por concepto de pensión de jubilación a $1.498.05 mensuales y la confirmó en lo demás; declaró de cargo del apelante las costas de la alzada y dispuso que si el trabajador había recibido la cantidad de $1.165 por indemnización, el patrono tenía derecho a descontarla.

La impugnación

Pretende la casación total de la sentencia recurrida, para que la Corte, en función de instancia, revoque en todas sus partes el fallo del Juzgado, y, en su lugar, absuelva a la demandada de las peticiones del libelo inicial.

A tal efecto, con invocación de la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, formula los dos cargos que a continuación se estudian:

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, en relación con el 6º del mismo estatuto, y, como consecuencia de esas infracciones, por aplicación indebida, los artículos 8º del citado Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961.

En su demostración el impugnante expone:

"El Honorable Tribunal, aceptando el presupuesto fáctico de la extinción de las causas o materias que le dieron origen al contrato de trabajo del señor Tulio Romero Paredes en la sociedad demandada, otorga al inciso 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 un sentido que no tiene y por lo tanto lo interpreta erróneamente. En efecto el texto de la norma antes citada reza 'El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo'. El sentido exacto de esta norma nos indica que si desaparecen las causas o la materia del contrato, éste debe terminar indefectiblemente y no por decisión unilateral del patrono sino por ministerio de la propia ley, lo que constituye un modo legal asimilable al ordinal c), del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. Otra interpretación distinta otra interpretación (sic) a lo señalado para el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con el artículo 6º de la misma norma legal citada sería errónea por cuanto cambiaría el sentido que el legislador quiso darle a las normas estudiadas y que indudablemente tienen una concordancia entre sí.

"Al considerar el Tribunal que la terminación del contrato se produjo en forma unilateral y sin justa causa por parte del patrono y que en consecuencia debe ser indemnizado el trabajador, desconoce la inteligencia correcta de la norma acusada en relación con el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, por cuanto no atiende el implícito plazo de vigencia de los contratos a términos indefinido mientras subsistan las causas que le dieron origen al contrato o las materias razón de éstas, que indudablemente contempla la norma y cuyo único efecto jurídico acertado es el que si desaparecen aquéllas éste pierde su vigencia y no por acto unilateral del patrono como ya se dijo sino por ministerio de la propia ley que, implica un medio legal de terminación de dichos contratos.

"La interpretación anterior habría llevado al Honorable Tribunal a no aplicar indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues tendría que haber concluido que el contrato de trabajo terminó en forma legal y no por acto unilateral del patrono que origina la indemnización por terminación contrato y la pensión sanción".

La demanda no fue replicada.

Para resolver, se considera

El texto de la carta de folio 1, por medio de la cual se puso fin al contrato, es el siguiente:

"La empresa ha tomado la determinación de dar por terminado su Contrato de Trabajo a partir de la fecha, pagándole 15 días de salarios a título de indemnización.

"La terminación del Contrato obedece: Usted fue contratado, desde su ingreso, como Linotipista. Por razones que usted cono-

ce este oficio de Linotipista ha desaparecido a raíz del implantamiento de los nuevos sistemas de Fotocomposición Offset, hecho este que ha traído como secuela, desde hace algún tiempo, que usted, no tenga ningún trabajo que desempeñar dentro de la Empresa ni existe ningún otro oficio vacante en la Empresa que se adapte a su capacidad laboral.

"Lo anterior, de acuerdo con la Ley, es justa causa para dar por terminado el Contrato de Trabajo sin pago de indemnización distinta de la que ya hemos anunciado. Así lo estipula claramente el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 que indica que el Contrato de Trabajo termina por el hecho de que desaparezcan las causas que le dieron origen y/o la materia de trabajo.

"En nuestra Oficina de Personal podrá reclamar las Prestaciones Sociales a que haya lugar, así como la orden para el examen médico de retiro".

El Tribunal reproduce la opinión de varios autores nacionales y extranjeros sobre el tema de la terminación del contrato de trabajo y sus efectos; copia el artículo 17 de la Constitución Nacional que consagra una especial protección para el trabajo y algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que lo desarrollan; hace referencia al dictamen pericial, al testimonio de Adaúlfo González Vanegas y a la comunicación del despido y enfrenta las razones invocadas en ésta a los artículos 5º, 6º, y 9º y 40 del Decreto 2351 de 1965; 13 del Decreto 1373 de 1966 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo para concluir que no corresponden a las situaciones contempladas en estas normas; transcribe apartes de la sentencia del Juzgado y del fallo proferido por ese mismo Tribunal en el juicio adelantado contra "El País Ltda.", por José Aldemar Gálvez, y finalmente consigna las siguientes conclusiones:

"a) La empresa resolvió, unilateralmente, cancelar el contrato y comunicó al trabajador esa disposición voluntaria suya, alegando terminación de la labor contratada y/o expiración de las causas que dieron origen a la contratación y la materia del trabajo.

"b) En puridad, ninguna de las dos causales invocadas encuadra en la realidad de los hechos, pues el propio patrono sostiene que lo que ocurrió fue la sustitución de linotipos por equipo de fotocomposición.

"c) El periódico, como unidad de explotación económica, siguió y adelanta normalmente sus labores publicitarias, por lo que, de acuerdo a la ley, se produjo un cierre o clausura parcial definitiva de una sección o parte de su negocio comercial (abandono de linotipos y modernización de sistemas).

"d) No es de justicia, ni equitativo, tampoco hay coordinación, armonía o equilibrio social, sino que va contra el espíritu del artículo 1º del C. S. del T., el que las ventajas obtenidas con la implantación de nueva maquinaria y que se traducen en mejor rendimiento, economía, rapidez, etc., se alcancen a expensas, a costa o con sacrificio del empleado, haciéndolo víctima de la desocupación.

"e) Omitidos el procedimiento y los requisitos legales para prescindir de los servicios de uno o de varios operarios, la sanción del empleador consiste en el pago de perjuicios indemnizatorios, en proporción a la antigüedad del dependiente.

"f) Aún en eventos de casación industrial por crisis laboral o económica, se impone la reparación, sobre todo cuando no se cumplen los trámites y condiciones de ley.

"g) Un despido de la clase del que aquí se analiza los autores españoles (Manuel Alonso García; Pérez Botija), lo califican de improcedente, y los europeos lo llaman 'socialmente injustificado' (Kaskel-Dersch, Hueck-Nipperdey).

"Finalmente, el Profesor Caldera (ob. cit. pág. 420) precisa el despido con pago de las respectivas indemnizaciones, en virtud de 'sustitución de maquinarias anticuadas por modernas que ocupen menos trabajadores' ".

La Sala ha hecho la anterior referencia a las apreciaciones y conclusiones del Tribunal, para mostrar cómo son varios los fundamentos del fallo y no uno solo; y, especialmente, como no admitió el sentenciador que estuvieran demostrados los presupuestos fácticos previstos en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965; y cómo la proposición jurídica resulta incompleta por no haberse incluido en la

acusación los artículos 7º, 8º, 9º y 466 del C. S. del T., 9º y 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto 1373 de 1966.

Sin embargo, como la Corte, en asunto idéntico al sub judice, fijó el alcance de la norma cuestionada, no sobra repetir ahora lo que entonces dijo sobre el particular:

El artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 fue adoptado por el legislador como resultado del prolongado e incesante batallar de los trabajadores y de las organizaciones sindicales para obtener la garantía de una mayor estabilidad en el empleo, beneficio para el cual constituían permanente amenaza los ordenamientos 47, 48 y 49 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituidos por aquél, que consagraban el plazo presuntivo de seis (6) meses para los contratos de duración indeterminada y la posibilidad de que se extinguieran en cualquier momento a virtud de la estipulación de la llamada 'cláusula de reserva'. Por ello, no cabe duda de que la referida disposición se endereza esencialmente a reconocer el carácter de ilimitados en el tiempo a aquellos contratos cuya duración no hubiese sido expresamente determinada por las partes o no resulte de la naturaleza de la respectiva obra o labor, asegurando así para el trabajador su derecho de permanencia en el servicio mientras cumpla con sus obligaciones y no concurra alguna de las circunstancias que, conforme a la ley, terminan el contrato o autorizan al patrono para ponerle fin. Es natural y lógico, por tanto, concluir que esta clase de convenciones hacen permanente la relación de trabajo y ofrecen al trabajador más seguridad y estabilidad que las que se sujetan a un tiempo determinado. Esa fue, sin duda, la intención del precepto comentado al disponer que 'El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del Trabajo'.

"Salta a la vista, pues, que el propósito de la norma fue el de consagrar un derecho para el trabajador —la estabilidad— y el deber correlativo para el patrono de respetarlo. Esa estabilidad no quedó dependiendo de la voluntad o del arbitrio patronal, como para que pueda entenderse que al empresario le basta con hacer desaparecer, o propiciar el desaparecimiento, de las causas que dieron origen al contrato o a la materia del trabajo para que aquél se tenga como extinguido en forma legal y justificada. Es preciso distinguir, en cada caso, el origen, la fuente o razón de esos fenómenos. Si ellos se producen por hechos o circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, el contrato terminará automáticamente por ministerio de la ley; pero si sobrevienen por el querer exclusivo de una de ellas, porque los ha procurado en busca de mayores beneficios personales, la expiración del vínculo será imputable a quien con ese comportamiento la haya provocado y auspiciado, tendrá el carácter de ruptura unilateral y deberá asumir las consecuencias previstas en la ley para estos casos.

"Así ocurre, verbi gratia, cuando una empresa, por su propia voluntad e independientemente de cualesquiera otros factores externos, decide variar el sistema que venía empleando y a tal efecto adquiere e instala equipos más modernos que le significan economía, rapidez, disminución del personal utilizado, fácil aumento en el volumen de producción y mejores condiciones para competir en el mercado, pues tal proceder —de suyo lícito— no puede traducirse en su propio beneficio únicamente, o, al menos no debe redundar en perjuicio del trabajador, quien por el contrario, tiene el derecho de esperar que esos progresos y avances repercutan en su favor, o, en el peor de los supuestos, que no se logren a costa de su sacrificio. Empero, si a esos cambios y transformaciones, con la consecuencia de licenciamiento de personal, concurren conjuntamente, como causa determinante, el elemento volitivo en el empresario y otras situaciones extrañas a él, será preciso examinar en concreto las circunstancias de hecho que rodeen el asunto específico cuestionado, y no solamente a la luz de la disposición que se estudia, sino también de otras que puedan regularlo.

"De otro lado, no estima la Corte que por el hecho de que se suprima el cargo que ha venido desempeñando un trabajador, como consecuencia de los cambios o modificaciones que el empleador haya introducido en la organización de la empresa, se entienda que ha dejado de existir la materia del trabajo. Esta no puede ser otra que la empresa misma, en su concepción

legal de unidad de explotación económica, mientras conserve su actividad normal. Si se admitiese su identificación con el cargo u oficio que en un momento dado se desempeña, sería tanto como conferir al patrono la facultad de finalizar el contrato y dejar cesante al trabajador cuando a bien lo quiera, con sólo hacer mutaciones en la empresa, cambiar las denominaciones o las funciones de los empleados, o acudir a artificios semejantes. De este modo, el derecho a la estabilidad tan justamente ganado por los trabajadores y consagrado —tímidamente, por cuanto el reintegro o la reinstalación sólo se prevé en otras normas para situaciones muy especiales—, en el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, sería objeto de frecuentes burlas y desconocimiento.

"Sobre este particular, Mario de la Cueva emite los siguientes conceptos:

" 'Creemos que la estabilidad en el trabajo es una institución peculiar del derecho del trabajo, a la que puede caracterizarse diciendo que es el derecho a permanecer en el trabajo en tanto subsista su materia y a percibir los beneficios consecuentes, un derecho que se impone, por una parte, a todo adquirente de la empresa, a cuyo efecto dispone el trabajador de la acción de reinstalación en el trabajo y pago de salarios caídos en el caso de una separación injusticiada, y por otra, a toda persona que desempeñe el trabajo en substitución del trabajador separado...'.

" 'Esta concepción de la estabilidad fluye de la naturaleza de la relación de trabajo que ya nos es conocida, como una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por el simple hecho de la prestación de un trabajo, y cuya persistencia, desde la superación del contractualismo, ya no depende de la voluntad del empresario, sino de la existencia y actividad de una empresa, concebida como una unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios' .....

"(EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, primera edición, 1972, págs. 217 y 218).

"Se deja así expuesto el criterio de la Corte acerca de la inteligencia que debe darse al artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, en su inciso 2º" (Sentencia de 17 de marzo de 1977).

Por las razones anotadas el cargo se desestima.

Segundo cargo

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968, y 8º de la Ley 171 de 1961, en relación con el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 y el 13 del Decreto 1373 de 1966, y por dejar de aplicar el artículo 5º del mencionado Decreto 2351, en relación con el artículo 6º de este mismo estatuto. Tales infracciones se produjeron a consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de la errónea apreciación de la carta de despido, fechada el 17 de noviembre de 1973 y del contrato de trabajo celebrado entre las partes (folio 13); y de la falta de estimación de la inspección judicial que obra a folios 15 a 20.

Los errores de hecho fueron:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad EL PAIS LTDA., realizó un despido colectivo parcial a sus trabajadores sin autorización del Ministerio del Trabajo.

"b) No dar por demostrado, estándolo, que las cosas y la materia origen del trabajo de TULIO ROMULO PAREDES con la sociedad EL PAIS LTDA., desaparecieron al terminarse el sistema de linotipos en el periódico propiedad de la sociedad".

El cargo aparece sustentado así:

"Indudablemente si el Tribunal no hubiera apreciado erróneamente el contexto de la carta de terminación del contrato y el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad denominada EL PAIS LTDA., y por el contrario hubiera dado a la inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada, todo el valor probatorio que ella tiene en cuanto al hecho de haber desaparecido el sistema de linotipo en el periódico y haber sido sustituido por el sistema OFF-cet (sic), no habría incurrido en el error de considerar que existió un despido colectivo en EL PAIS LTDA., que origina la terminación del contrato de trabajo del señor TULIO R. PAREDES y en cambio hubiese

dado por demostrado como lo estaba que las causas o materias que dieron origen al contrato de trabajo del señor Paredes habían desaparecido por haber sido contratado dicho señor únicamente para el trabajo en los linotipos.

"La apreciación correcta de la carta de terminación del contrato y del contrato de trabajo hubiese permitido al Tribunal considerar que un contrato a término indefinido cuando desaparecen las causas o materias que le dieron origen se puede terminar legalmente, sin el pago de indemnización y en consecuencia no hubiese cometido los errores de hecho puntualizados y no habría aplicado indebidamente los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, sin que hubiese aplicado el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 en su inciso 2º en relación con el artículo 6º de la misma obra y habría encontrado que el contrato terminó legalmente.

"Las razones anotadas serán suficientes para que la Honorable Corte case la sentencia en cuanto condenó a la sociedad EL PAIS LTDA., a la indemnización por terminación del contrato y a la pensión sanción y Convertida en Tribunal de instancia debe absolver por esos conceptos a la sociedad demandada".

Se considera

El Tribunal no desconoció que el demandante Paredes había sido contratado para desempeñar el cargo de Linotipista y que efectivamente había ejecutado esas funciones durante el tiempo que duró la prestación de sus servicios. Asimismo, admitió que la causal invocada por la empresa para terminar el contrato fue la prevista en el numeral 2º del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, o sea por haber dejado de subsistir las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Luego el documento que contiene la convención celebrada entre las partes y la carta por medio de la cual se comunicó el despido al trabajador fueron correctamente apreciados.

Y no dejó de estimar la diligencia de inspección judicial para los efectos a que alude el censor, pues tampoco ignoró el hecho básico alegado por la demandada de abolición del sistema de linotipos para la impresión del periódico y sustitución por otro diferente y más moderno.

La verdad es que el sentenciador partió de la base de que todas esas circunstancias estaban acreditadas en el proceso. Pero, sin embargo, no encontró justificado el despido por considerar que la existencia de los linotipos, o las funciones del actor en relación con éstos, no se identificaban con las causas que le dieron origen al contrato ni era equivalentes a la materia del trabajo. Así lo expresó, cuando dijo: "... cabe adelantar que la causa para celebrar el contrato y la materia del trabajo no fueron propiamente los linotipos, sino la publicación del periódico, con lo cual se distingue bien y no se confunden los medios y la finalidad propuesta (edición periodística, cualquiera que sea el sistema empleado), razón así mismo valedera, en forma directa o indirecta, para la causal invocada sobre terminación de la labor".

Ese fundamento principal del fallo no solamente no es equivocado, sino que se ajusta cabalmente al pensamiento de la Sala reproducido al resolver el ataque precedente, del cual resulta nuevamente oportuno repetir el siguiente pasaje:

"De otro lado, no estima la Corte que por el hecho de que se suprima el cargo que ha venido desempeñando un trabajador, como consecuencia de los cambios o modificaciones que el empleador haya introducido en la organización de la empresa, se entienda que ha dejado de existir la materia del trabajo. Esta no puede ser otra que la empresa misma, en su concepción legal de unidad de explotación económica, mientras conserve su actividad normal. Si se admitiese su identificación con el cargo u oficio que en un momento dado se desempeña, sería tanto como conferir al patrono la facultad de finalizar el contrato y dejar cesante al trabajador cuando a bien lo quiera, con sólo hacer mutaciones en la empresa, cambiar las denominaciones o las funciones de los empleos, o acudir a artificios semejantes. De este modo, el derecho a la estabilidad tan justamente ganado por los trabajadores y consagrado —tímidamente, por cuanto el reintegro o la reinstalación sólo se prevé en otras normas para situaciones muy especiales— en el ar-

tículo 5º del Decreto 2351 de 1965, sería objeto de frecuentes burlas y desconocimiento".

Es cierto que el ad quem, en razón de que la contestación de la demanda se aludió a la "terminación de la obra o labor contratada" como razón justificativa de la extinción del vínculo, examina también esta causal, prevista en el literal d) del artículo 6º del citado Decreto, y la rechaza. Y que para abundar, y aún saliéndose del marco del litigio, confronta la situación planteada con el modo de terminación del contrato que se configura "por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento", consagrado en el literal e) del prenombrado artículo y reglamentado por otras disposiciones del Decreto que lo contiene y del Decreto 1373 de 1966. Pero la conclusión a que llega no es la de que la empresa necesariamente produjo un despido colectivo, sino a la de que si hubiera invocado aquel modo, habida consideración de que se prescindió de los servicios de todos o varios de los linotipistas sin el cumplimiento de los requisitos legales, el despido del trabajador demandante también habría resultado ilegal.

Además de que esta inferencia, en el mejor de los supuestos, apenas constituiría un soporte adicional y no esencial de la decisión, el censor no intenta siquiera destruirlo, pues se limita a imputar el error de hecho, pero sin atacar los medios probatorios que pudieron originarlo, siendo evidente, por otra parte, que a él no se habría llegado como consecuencia de una mala apreciación del contrato de trabajo y de la comunicación del despido, ni de la falta de estimación de la inspección judicial, únicas pruebas a que se refiere la acusación.

Las razones expresadas hacen que el cargo sea infundado y no prospera, en consecuencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el diez de abril de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario laboral instaurado por Tulio Rómulo Paredes contra la sociedad denominada "El País Limitada".

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. APLICACION A LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA

Las convenciones colectivas de trabajo se aplican a los miembros del Sindicato y a los que ingresen a él durante la vigencia de la Convención, a todos los trabajadores cuando el Sindicato agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de la Empresa y a los trabajadores no sindicalizados que adhieran a la Convención en caso de que el Sindicato no agrupe más de la tercera parte

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5828).

(Acta Nº 16).

Pablo Emilio Pedreros, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 19'155.585 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a Compañía Constructora de Maquinaria Hurtado Hermanos Limitada para que fuera condenada a reintegrar al trabajador a sus labores ordinarias y a pagarle reajuste de cesantía, reajuste de prima de servicios, prima de antigüedad, reajuste de vacaciones, salarios dejados de percibir por el despido, indemnización moratoria y las costas del juicio.

El apoderado expresó los siguientes hechos:

"1º PABLO EMILIO PEDREROS, trabajó para COMPAÑIA CONSTRUCTORA DE MAQUINARIA HURTADO HERMANOS LTDA.

"2º Comenzó a trabajar en febrero 15 de 1971.

"3º La relación laboral duró hasta febrero 6 de 1971 (sic).

"4º Entre el Sindicato de TRABAJADORES DE COMPAÑIA CONSTRUCTORA DE MAQUINARIA HURTADO HERMANOS LTDA., y la demandada se celebró la Convención Colectiva vigente de marzo 1º de 1972 a marzo 1º de 1974.

"5º En la mencionada Convención, Capítulo 1º, artículo 5º se estableció que: 'los contratos de trabajo celebrados entre la empresa y sus trabajadores, continuarán siendo a término indefinido y para despedir a un trabajador sólo se hará por las justas causas que determina la Ley. Quien fuere despedido sin causa justa, será reintegrado por la empresa a su trabajo en las mismas condiciones y derechos que disfrutaba en el momento del despido'.

"6º La convención también pactó una prima de antigüedad, la cual no ha sido pagada. Capítulo 2º, artículo 7º.

"7º El salario básico devengado fue de $ 1.400 mensuales.

"8º El salario por comisiones $ 600 mensuales.

"9º Salario promedio mensual $ 2.000.00 aproximadamente.

"10. La demanda dio por terminada la relación laboral en forma unilateral".

El apoderado de la demandada se opuso a todas las pretensiones del actor y contestó los hechos así:

"1) Es cierto.

"2) Es cierto.

"3) No es cierto.

"4) La empresa si celebró una conven-

ción colectiva con el sindicato pero su vigencia no es como lo afirma el actor.

"5) Es cierto.

"6) La prima de antigüedad se pactó en dicha convención. Pero se le liquidó y pagó de conformidad a lo establecido en la cláusula séptima de la convención colectiva, es decir que se le dio cumplimiento a la convención en este punto.

"7) Que se pruebe.

"8) Que se pruebe.

"9) Que se pruebe.

"10) La empresa dio por terminada la relación contractual de orden laboral con el demandante señor Pablo Emilio Pedreros, por las justas causas que consideró la empresa y que alegó en el momento de la terminación del contrato, como consta en la carta de despido, dándole cumplimiento al Decreto 2351 de 1965: Además al hoy extrabajador señor Pedreros se le requirió varias veces para que diera cumplimiento estricto a sus obligaciones contractuales, haciendo caso omiso a tales requerimientos, así como llamadas de atención por el desobedecimiento a las órdenes de sus inmediatos superiores, también haciendo caso omiso de ellos".

El Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 27 de agosto de 1976, condenó a la demandada a pagar al actor $ 3.974.26 como indemnización por despido, y el 20% de las costas de la instancia, absolvió por los restantes cargos formulados en la demanda. El apoderado de Pedreros apeló de la decisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 30 de septiembre de 1976, confirmó la providencia del a quo y condenó en costas al apelante. El apoderado del trabajador interpuso contra el fallo del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Está presentado en un solo cargo con apoyo en la primera causal de casación laboral. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Está formulado así:

"Que la Corte case parcialmente la providencia de segunda instancia en cuanto confirma la condena de $ 3.974.26 por indemnización por despido y las absoluciones por reintegro de Pablo Emilio Pedreros a sus labores ordinarias y salarios dejados de percibir por el despido; en sede de instancia revoque parcialmente la decisión del juez a quo en cuanto condena y absuelve de las mismas pretensiones y condena al reintegro de Pablo Emilio Pedreros a sus labores ordinarias, al pago de salarios dejados de percibir por el despido y costas".

El cargo

Dice el recurrente:

"La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 467 del C. S. del T.; 37, 38 y 8º del Decreto 2351 de 1965 al no haber sido apreciados la confesión judicial en folios 38, 2, 3, 4, el documento en folio 50 y al ser apreciados equivocadamente los documentos en folios 41 a 48 y 49.

"El error al dejar de apreciar la confesión judicial consiste en no encontrar demostrado el salario; al dejar de apreciar el documento en folio 50, en no encontrar establecido el tiempo laborado; al apreciar el documento a folios 41 a 48, en no encontrar probado que la convención de marzo 29 de 1972 beneficia a los trabajadores que se encontraban laborando para Compañía Constructora de Maquinaria Hurtado Hermanos Ltda., al tiempo de su celebración y al apreciar conjuntamente la convención y el documento en folio 49, en no establecer que a la fecha de terminación de la relación jurídica mi representado se encontraba amparado por la convención. Los errores inciden en decisión adoptada porque no pudo establecer:

"1º El tiempo laborado y el salario.

"2º Que la Convención Colectiva de Trabajo beneficia a los trabajadores que se encontraban laborando para la Compañía Constructora de Maquinaria Hurtado Hermanos Ltda., al tiempo de su celebración.

"3º Que a la fecha de terminación del vínculo jurídico mi representado se encontraba amparado por la convención de marzo 29 de 1972.

"4º Absolvió de las peticiones de reintegro y salarios dejados de percibir por el despido".

Para la demostración del cargo, el impugnador afirma que si se hubieran apreciado correctamente las pruebas, se habría encontrado demostrado el tiempo laborado y el salario con el documento del folio 50 y la confesión de folios 3 y 38; que la convención colectiva de trabajo se aplicaba a los trabajadores que se encontraban laborando en la compañía, al tiempo de su celebración, porque según aparece al folio 42, la empresa reconoció al sindicato como representante de los trabajadores a su servicio, luego la representación que el sindicato no tenía legalmente y que no le confirieron los trabajadores no sindicalizados, no hacía falta por haberla convenido el patrono; que la convención prohibió despedir sin justa causa a los trabajadores que durante su vigencia se encontraban laborando, según aparece a los folios 42 y 43; que el trabajador fue despedido según resulta del documento del folio 49; y que a la terminación del vínculo el trabajador se encontraba amparado por la convención.

Se considera

El recurrente dice que se dejaron de apreciar las pruebas de folios 38, 2, 3 y 4 y el documento de folio 50, pero el sentenciador se refiere a todas las pruebas cuando advierte que en ninguna de ellas se encuentran demostradas las circunstancias sobre aplicación de la convención.

También afirma el censor que el Tribunal no encontró probado el salario ni el tiempo trabajado ni el despido, pero el juzgador ad quem no desconoció el salario devengado ni el tiempo servido, y menos aún el despido sin justa causa, pues los fundamentos de la sentencia solamente expresan que se desconocen los factores que se tuvieron en cuenta para hacer la liquidación de cesantía, lo que no quiere decir que se ignoren los que realmente se probaron en el juicio, y sobre la terminación del contrato dice "....establecido que el trabajador fue despedido sin justa causa...".

Menos aún es cierto que el sentenciador hubiera desconocido el hecho de que la convención consagró la prohibición de despedir sin justa causa y el derecho al reintegro, pues en la providencia se expresa la existencia de la convención, los términos de su vigencia y el texto mismo de la cláusula 5ª que consagra lo que el impugnador afirma haberse desconocido.

La única afirmación del atacante que puede imputársele al fallador es la de que no admitió que la convención colectiva beneficiaba a los trabajadores no sindicalizados y específicamente al demandante en el juicio.

Sobre el punto cuestionado, se expresó el sentenciador así:

"Del examen de todas y cada una de las probanzas que han obrado en el proceso, no aparece acreditado que el demandante se hubiera afiliado al sindicato respectivo, ni el amparo convencional en condición de trabajador no sindicalizado. Por tal razón carece de retroactividad la solicitud de reintegro y debe absolverse de dicho pedimento".

Según los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, las convenciones colectivas de trabajo se aplican a los miembros del sindicato y a los que ingresen a él durante la vigencia de la convención, a todos los trabajadores cuando el sindicato agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa y a los trabajadores no sindicalizados que adhieran a la convención en caso de que el sindicato no agrupe más de la tercera parte.

No se probó en el juicio que el sindicato agrupara más de la tercera parte de los trabajadores, ni se demostró que Pablo Emilio Pedreros hubiera sido afiliado al sindicato ni que hubiera adherido a la convención.

En tales circunstancias, no se estableció que la convención fuera aplicable a Pablo Emilio Pedreros.

El recurrente trata el problema de la representación del sindicato de la manera más curiosa, pues admite que el sindicato no representa a los trabajadores no afiliados, pero que si el patrono conviene en esa representación, ella es válida, como si el patrono pudiera suplir la representación legal que tienen los sindicatos o la voluntad de los trabajadores. La ley determina la representación que tienen los sindicatos de sus afiliados y la extensión de las convenciones, que a veces comprende a los no afiliados porque la ley no determina o

porque ellos personalmente adhieren a la convención.

Por lo expuesto se ve que el sentenciador no cometió los errores de hecho que se le imputan ni incurrió en la violación de las normas legales señaladas en el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Pablo Emilio Pedreros contra la Compañía Constructora de Maquinaria Hurtado Hermanos Limitada.

Sin costas en casación por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

BUENA FE PATRONAL

Errores de hecho

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 16).

Por intermedio de apoderado, Héctor Alonso Morales, mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó a la Empresa de Licores de Cundinamarca para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuese condenada a pagarle indemnización por lucro cesante, prima de Navidad correspondiente al segundo semestre de 1970, reajuste de cesantía, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Relató en el libelo que había prestado servicios a la demandada, mediante contrato de trabajo, como Arquitecto de la Empresa y con una remuneración de $ 8.244.03 mensuales, desde el 8 de septiembre de 1966 hasta el 10 de septiembre de 1970, fecha en la que se le declaró unilateralmente terminado el contrato. Dentro de ese tiempo está comprendido un lapso servido al Departamento de Cundinamarca, en razón de que el Acuerdo número 54 de 13 de diciembre de 1967, emanado de la Junta Directiva de la Empresa, permite la acumulación cuando no ha habido solución de continuidad en el servicio. La demandada no liquidó en forma completa las prestaciones ni el lucro cesante reclamados.

La Empresa descorrió el traslado de la demanda aceptando el contrato de trabajo, el tiempo de servicio, el salario y el hecho del despido; pero se opuso a las aspiraciones del actor por haberle cancelado oportunamente sus derechos, manifestando, en cuanto a la indemnización por terminación del contrato, que la había reconocido "siguiendo los lineamientos trazados en el Decreto 2351 de 1965, aunque para este reconocimiento no tuvo en cuenta el tiempo de servicios prestados al Departamento, debido a que el ex-trabajador terminó en forma voluntaria su relación laboral" con esa entidad. Alegó las excepciones de inexistencia de las obligaciones y prescripción.

Tramitada la controversia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá —que fue el del conocimiento— la resolvió, en fallo de cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, condenando a la Empresa de Licores de Cundinamarca a pagar al demandante las sumas de $ 26.139.55 por concepto de indemnización por lucro cesante; $ 2.061.00 por prima de Navidad; $ 438.00 por auxilio de cesantía, y $ 274.80 diarios, a partir del 21 de enero de 1971 y hasta cuando cancele las anteriores cantidades, a título de indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de pago parcial en relación con la indemnización por despido y la cesantía, en cuantía de $ 17.279.00 y $ 33.474.98, respectivamente, e impuso las costas a la demandada.

El procurador judicial de ésta interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado por el Tribunal Superior de Bogotá, de la siguiente manera:

"1º Modificar el fallo recurrido el cual quedará así:

"a) Condénase a la Empresa de Licores de Cundinamarca a pagar al señor Héctor Alonso Morales, la suma de veintiséis mil ciento treinta y nueve pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 26.139.55) moneda corriente, por concepto de lucro cesante.

"b) Mil trescientos setenta y cuatro pesos ($ 1.374.00) moneda corriente, por concepto de prima de Navidad.

"c) Absuélvese a la demandada de las restantes súplicas de la demanda.

"d) Declárase probada totalmente la excepción de pago por concepto de cesantía y parcialmente por concepto de lucro cesante, hasta por la suma de diez y siete mil doscientos setenta y ocho pesos ($ 17.278. 00) moneda corriente, suma que ya fue descontada de la relacionada en el literal a), conforme a la parte motiva de esta sentencia.

"e) Las costas de la primera instancia correrán a cargo de la demandada.

"2º Sin costas en esta instancia".

Contra la sentencia anterior, dictada el dieciocho de marzo de mil novecientos setenta y seis, ha recurrido en casación el apoderado de la parte demandante. Como el dicho recurso ha recibido el trámite que le corresponde, la Corte lo va a resolver, con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito del opositor.

El recurso

Persigue la casación parcial del fallo acusado, en cuanto absolvió a la Empresa de la indemnización moratoria, para que, constituida la Corte en fallador de instancia, confirme la condenación que por este extremo profirió el Juzgado.

La acusación se concreta a un solo cargo, formulado con fundamento en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, el cual se plantea así:

Cargo único

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, consagratorios del derecho a indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de la documental de folio 17 y la falta de apreciación de la confesión contenida en la contestación de la demanda y de los documentos auténticos que obran a folios 29 y 57 del proceso".

Los errores de hecho consistieron en:

"1º) Concluir, contra toda evidencia, 'que se discutió con razones atendibles dentro del proceso la naturaleza del contrato', cuando es lo cierto que la índole contractual laboral de la relación jurídica que vinculó a las partes, nunca jamás fue discutida, sino que se admitió o confesó desde la misma contestación de la demanda.

"2º) En dar por establecido, sin estarlo, que existe 'pago oportuno de lo que el demandado realmente y de buena fe creía deber', cuando es la verdad que no pagó ni liquidó, sin justificación alguna, la prima de navidad adeudada, y en cuanto al lucro cesante por despido, también injustificadamente, con violación de ley que no podía válidamente ignorar, sólo liquidó y pagó suma muy inferior a la que ha debido ser su normal creencia de deber.

"3º) En dar por demostrado que la Empresa demandada obró de buena fe, siendo verdad todo lo contrario, al liquidar y pagar la indemnización por despido injusto, en forma distinta y muy inferior en cuantía a la que señala la ley.

"4º) En dar por establecido, sin estarlo, que la Empresa no se halla en mora injustificada de cancelar la indemnización por despido o lucro cesante y la prima de navidad debidas".

En su desarrollo, el recurrente observa que en la respuesta dada a los hechos 1º, 4º, 5º y 6º del libelo demandatorio se confesó la existencia del contrato de trabajo celebrado con el demandante y sus extremos de tiempo de servicio y salario, así como su terminación unilateral por parte de la Empresa, hecho este del cual da cuenta, además, el documento de folio 29 que contiene la Resolución Nº 557 de 1970, por la cual se puso fin al contrato. Y que mediante la Resolución Nº 736 de ese mismo año se reconoce y ordena el pago de acreencias originadas en esa convención. Si el Tribunal hubiera apreciado esas probanzas, no habría concluido "que se discutió con razones atendible dentro del proceso, la naturaleza del contrato".

"Y por haber apreciado equivocadamente la documental de folio 17 o sea la liquidación final de prestaciones e indemnizaciones correspondientes al actor, se incurrió en el evidente error de dar por establecido que existe 'pago oportuno de lo que el demandado realmente y de buena

fe creía deber', cuando es lo cierto que la Empresa, no liquidó ni pagó, sin justificación alguna, la prima de navidad adeudada, y, en cuanto al lucro cesante por despido, también injustificadamente, con violación de ley que no podía ignorar, sólo liquidó y pagó suma muy inferior a la que ha debido ser su normal creencia de deber".

Arguye que la dicha prueba fue mal apreciada al considerarse que ella demuestra el pago de lo que la demandada "de buena fe creía deber", pues la indemnización por despido fue liquidada con base en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y no en el 51 del Decreto 2127 de 1945, obteniéndose un resultado muy inferior al que correspondía, y, además, porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa, concepto que respalda con cita de jurisprudencia de esta Sala, y porque también dejó de liquidarse la respectiva prima de navidad.

El opositor sostiene que las pruebas señaladas como dejadas de apreciar fueron estimadas, por lo cual no pudo haberse incurrido en error alguno proveniente de aquella circunstancia; y que, "al hacer la afirmación que se dejó transcrita, el sentenciador no se estaba refiriendo al contrato —obviamente laboral— que ligó a las partes, sino a si él era uno de derecho privado o, por el contrario, de derecho oficial, lo que sí fue materia de discusión, ciertamente, desde el propio comienzo del pleito".

Con respecto a los tres restantes errores de hecho, que se reducen al de no haber dado por establecida la buena fe de su patrocinada por el no pago de la prima de navidad y del mayor valor de la indemnización por despido a que fue condenada, aduce que el contrato terminó el 10 de septiembre de 1970, esto es, bajo el imperio del artículo 6º del Decreto 1848 de 1969, y que, por lo tanto, debía regirse "por las normas legales que regulan la materia en el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo adicionan y reforman", que fueron precisamente las que aplicó la Empresa para efectuar la liquidación; y que las aplicó bien, además, porque el actor no tenía derecho a prima de servicios por el segundo semestre de 1970 y porque la indemnización por su despido sólo debía comprender el lapso servido bajo el contrato de trabajo que con ella la vinculó.

Consideraciones de la Sala

Las razones que tuvo el Tribunal para revocar la condenación por el extremo de indemnización moratoria y absolver en consecuencia, aparecen expresadas de la siguiente manera:

"Debe tenerse en cuenta en este caso que la parte patronal a la terminación del contrato de trabajo, canceló, aunque en forma equivocada, las acreencias laborales a su extrabajador, que consideró deberle, ya que de acuerdo con la resolución correspondiente —fol. 17— se le reconoció la indemnización por terminación unilateral del contrato. El Tribunal considera que existió buena fe, ya que se discutió con razones atendibles del proceso, la naturaleza del contrato y además existe el pago oportuno de lo que el demandado realmente y de buena fe creía deber, es decir existen una serie de circunstancias que fueron tratadas con el fin de demostrar dentro de la litis con algún respaldo probatorio que no existió una conducta negativa por parte de la entidad para configurar su mala fe. En consecuencia se absolverá a la demandada de la indemnización solicitada. Se revocará la decisión del a quo y así constará en la parte resolutiva de esa providencia."

Son dos, pues, los fundamentos de la decisión adoptada por el ad quem sobre el punto cuestionado: uno, que se discutió, con razones atendibles, la naturaleza de las relaciones laborales entre las partes; y otro, que la demandada pagó oportunamente, aunque en forma equivocada, las acreencias que de buena fe creyó deber al trabajador.

A simple vista se advierte que el primer soporte carece de toda consistencia, pues la Empresa en ningún momento puso en duda, ni mucho menos discutió, que hubiese estado vinculada al demandante Morales por medio de un contrato de trabajo. Por el contrario, lo confesó expresamente al responder los hechos de la demanda a que alude el censor, vale decir, el 1º, 4º, 5º, y el 6º, y lo admitió, además, al declararlo extinguido por medio de la Resolución de folio 29 y liquidar las correspon-

dientes prestaciones en la de folios 57 a 60. La interpretación que hace el opositor de las palabras del Tribunal, para entender que lo discutido fue si el contrato era de derecho privado o de "derecho oficial", además de no tener ningún respaldo en el proceso, resulta inadmisble. Las dichas pruebas, al menos para los efectos que conciernen a esta parte de la acusación, no fueron apreciadas por el juzgador y tal circunstancia lo condujo a la conclusión equivocada de que se ha hecho mérito. Se configura, por tanto, con el carácter de manifiesto, el primer error de hecho que se imputa a la sentencia.

Mas como él no es suficiente para desquiciarla, se procede a examinar si también concurren los otros que se le atribuyen y que, como bien lo anota el escrito de réplica, se resumen en el de haber estimado que existió buena fe en la Empresa al no pagar la prima de navidad y pagar de modo incompleto la indemnización por despido.

Es cierto que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en ella no puede encontrar justificación la mora patronal, como repetidas veces lo ha dicho la Corte, entre otras providencias, en las que cita el impugnante. Mas la situación que ahora se contempla es muy diferente, y no se está frente a una aplicación equivocada de la ley por haberse ignorado la que realmente regulaba el caso, sino que, certeramente, se dio aplicación a ésta. A este respecto resulta atinada la observación de la parte opositora, pues, en efecto, por mandato del artículo 6º del Decreto 1848 de 1969, las normas legales aplicables a las relaciones entre la Administración y los trabajadores oficiales eran las del Código Sustantivo del Trabajo, con sus adiciones y reformas. Como aquella disposición estaba en pleno vigor el 31 de agosto de 1970, fecha en la que se dio por terminado el contrato, y aún en la que se liquidaron las prestaciones y demás derechos del trabajador —6 de noviembre de ese mismo año— es incuestionable que el reconocimiento de ellos tenía que haberse hecho, como efectivamente se hizo, de conformidad con los preceptos del mencionado Código, que regulan en forma distinta la indemnización por despido y que no consagran derecho a prima de navidad ni conceden prima de servicios a los trabajadores que apenas han laborado dos (2) meses en un semestre.

No hubo, de consiguiente, equivocación de la Empresa demandada al hacer los reconocimientos que hizo, ni ausencia de buena fe al dejar de hacer los que le impone la sentencia impugnada. Por la misma razón, no fue desacertada la apreciación de la prueba a que alude la censura mi incurrió el sentenciador en los otros errores de hecho que en ella se predican y sin los cuales el fallo no puede ser infirmado.

Si el actor planteó la controversia sobre la base de que los derechos del trabajador habían sido reconocidos de manera incompleta por no haberse aplicado la legislación que, en su concepto, correspondía, sino el Código Sustantivo del Trabajo, no puede calificarse como medio nuevo en casación el hecho de que se alegue por su contraparte que la aplicación de éste fue correcta.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciocho de marzo de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Héctor Alonso Morales contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Sin costas en el recurso, por haber dado lugar la demanda a la corrección de un error del Tribunal.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EL ARREGLO CONCILIATORIO, TIENE EFECTO DE COSA JUZGADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Acta Nº 17).

En el proceso instaurado por Lorenzo Barros Leal contra la "Compañía Frutera de Sevilla S. A.", el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia proferida el dos (2) de junio de mil novecientos setenta y seis (1976) confirmó la de primera instancia pronunciada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta el día diez (10) de diciembre de mil novecientos sententa y cinco (1975), en que se condenó a la Sociedad demandada por concepto de la pensión plena de jubilación.

La empresa demandada interpuso recurso de casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que no fue replicada, solicitando se infirme la sentencia, se revoque luego la del Juez y se la absuelva de lo solicitado en el libelo de la demanda por encontrarse acreditada la excepción perentoria de cosa juzgada, o en subsidio la de transacción.

Lo anterior consta en la demanda correspondiente visible de folios 7 a 12 de este cuaderno.

Formula el apoderado de la demandada un solo cargo, así:

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (Decreto Legislativo 528 de 1964, a 60, y Ley 16 de 1969, a 7º), acuso la sentencia ya individualizada de violar la ley sustancial, así: Por vía indirecta, los artículos 20 y 78 del C. de P. L., por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 260 del C. S. del T., y 5º del Decreto Legislativo 435 de 1971, 1º y 3º de la Ley 10 de 1972, en relación con el Decreto 2394 de 1974 y Resolución 480 de 10 de marzo de 1975, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del artículo 21 del C. S. del T., y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del C. S. del T., y ordinal 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2469 y 2483 del C. C. El error de hecho provino de la equivocada apreciación de los documentos de folios 16 a 36, así como de los transcritos en las actas de inspección ocular de folios 53 a 77; y consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la Compañía, discutida y aceptada por el Sindicato de Braceros y por éstos individualmente, aprobada por los funcionarios del Trabajo y ratificada, como transacción por cada trabajador (Lorenzo Barros Leal, en este caso), estipuló el reconocimiento de una PENSION ESPECIAL, distinta de la legal y de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomar como base el salario promedio del último año de servicios, se tomaría el del año que terminó el 7 de noviembre de 1965 por haber sido mucho mayor, y que en vez de computar los 21 ó 22 años hipotéticamente servidos a la Magdalena Fruit y a la Frutera de Sevilla, se computarían únicamente los 17 años y 5 meses servidos a la última. Como también en no dar por probado, estándolo, que la pensión reclamada en el juicio laboral fue la misma discutida, conciliada, liquidada y pagada por la Compañía. Dice en efecto la sentencia que impugnó (folios 15 y 35, cuaderno II): '...no encuentra la Sala en parte alguna el hecho de que los trabajadores que pac-

taron la conciliación hayan aceptado que se le reconozca pensión ESPECIAL de jubilación por los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla... La causa petendi de esta demanda no comprende totalmente el arreglo conciliatorio, puesto que el trabajador no se sometió a recibir pensión de jubilación ESPECIAL por el simple hecho de que la Compañía Frutera de Sevilla congeló el salario base para liquidarla, en un período determinado, más favorable para éste'. El 'arreglo conciliatorio' no consiste apenas en el acta de folios 24 a 26, que se firmó en desarrollo de lo acordado y discutido con el Sindicato, co de 1965 (folios 17 v. y 18), Escritura número 90, de marzo 2 de 1966, de la Notaría 2ª de Santa Marta y del mismo 19 de enero de 1966, Escritura número 454 de la citada Notaría (folios 21 a 23), y 19 de enero de 1966 (folios 99 a 103). También en desarrollo de aquel acuerdo se firmó por Barros Leal la constancia transaccional de folios 33 bis, foliado como 38, en la que acepta limitar el tiempo computable a los 17 años 5 meses servidos; a la Compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas', a cambio de no tomar como base 'el promedio del salario mensual en el último año de servicio sino ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor ya por tanto más favorable para el exponente'.

Conviene destacar que las condiciones de la empresa fueron minuciosamente examinadas y discutidas en la asamblea sindical del 24 de diciembre de 1965, en presencia del delegado especial del Ministerio, doctor Gerardo Zúñiga (folios 17 v. a 19), y que el literal b), de tales condiciones rezaba: 'Las pensiones de jubilación POR EL TIEMPO TRABAJADO A LA CIA. FRUTERA DE SEVILLA se liquidarán con el salario resultante PARA EL 7 DE NOVIEMBRE, previa la terminación del respectivo contrato POR JUSTA CAUSA'. Y agrega el Acta de la asamblea: 'LOS PUNTOS ANTERIORES FUERON APROBADOS, después de varias intervenciones del Delegado del Ministerio, de Directivos del sindicato y de asistentes a la asamblea, con lo cual fueron suficientemente aclarados'. Otra de las condiciones (literal 'b') consistió en que, PREVIA autorización del Ministerio para la clausura de actividades, se terminarían los contratos 'por mutuo acuerdo'. Autorización ministerial que aparece concedida (folios 16 a 17 v.) y 'Mutuo acuerdo' que consta en el acta de conciliación (folios 24 a 26) y en la transacción individual con Barros Leal (folio 38). Los errores de hecho anotados son, pues, evidentes. Así los halló esa H. Corte en otros casos idénticos (v. gr. los del señor MILCIADES VASQUEZ SOTO y del señor ANTONIO LOPEZ BOHORQUEZ contra la misma Compañía Frutera de Sevilla, fundados en las mismas pruebas, las mismas actas de conciliación y transacción e iguales bases de tiempo y salario convencionales), fallados el 21 de marzo de 1972 y el 7 de febrero de 1973, respectivamente. De no haber incurrido en tales errores, el sentenciador les habría dado a los documentos auténticos e inspecciones oculares en que consta la conciliación, la fuerza de cosa juzgada que le confieren los artículos 20 y 78 del C. de R. L., y al dársela, habría declarado probada la excepción de cosa juzgada y absuelto a la Compañía. Por no darle esa fuerza a la conciliación, fue por lo que aplicó indebidamente, no siendo pertinente, los artículos 260 del C. S. del T., sobre pensión PLENA de jubilación y 5º del Decreto Legislativo 135 de 1971, 5º del Decreto Ley 435 de 1971, 1º y 3º de la Ley 10 de 1972 en relación con el Decreto 2394 de 1974 y Resolución 480 de 10 de marzo de 1975 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre reajuste de esa pensión. De otro lado, como consecuencia de esas infracciones, el sentenciador resolvió ESCINDIR LA NORMA JURIDICA CONCILIATORIA o convencional, contra la prohibición del artículo 21 del Código, tomando una parte del convenio (la congelación de un salario promedio más favorable que el previsto en el Código para la pensión plena) pero rechazando su contrapartida, que era el cómputo de un tiempo especial".

Se considera

La conciliación como es bien sabido tiene por objeto el arreglo amigable de las

diferencias que ocurran entre trabajadores y patronos durante la vigencia del contrato de trabajo o a su terminación, evitando la existencia de conflictos laborales mediante pronta y justa solución. Dicho convenio debe efectuarse en presencia de las autoridades administrativas del trabajo o del Juez Laboral, con su autorización, para efecto de su validez legal, la cual se traduce en que le da fuerza de cosa juzgada, lo que impide reclamación posterior sobre lo acordado (artículo 78 del C. P. L.).

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo, se desprende que la conciliación pueden hacerla los trabajadores em forma directa o a través de sus sindicatos.

La documentación a que se refiere el recurrente en su cargo, aparece así:

1. Al folio 17 vuelto del Cuaderno principal Acta de la Asamblea del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, correspondiente a su reunión celebrada el 24 de diciembre de 1965, en que se aprobó como base de acuerdo entre los trabajadores del muelle y la Compañía Frutera de Sevilla, lo siguiente:

"COPIA DEL ACTA DE LA ASAMBLEA GENERAL DEL SINDICATO DE TRABAJADORES BRACEROS DEL TERMINAL MARITIMO DE SANTA MARTA CELEBRADO EL DIA VEINTICUATRO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO. 'En la ciudad de Santa Marta, a los veinticuatro días del mes de diciembre del presente año, siendo las diez y treinta de la mañana, con la asistencia de cuatrocientos cincuenta y cinco (455) afiliados, se reunió la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta con la presencia del doctor Gerardo Zúñiga Herrera, Delegado Especial enviado por el Ministerio de Trabajo para resolver el diferendo existente entre el Sindicato y la Compañía Frutera de Sevilla, con motivo de la suspensión por parte de ésta de los embarques de explotación bananera por este puerto. Después de llamar a lista se sometió a consideración de la Asamblea el Orden del día, constante de un solo punto: DISCUSION DEL MEMORANDUM ANTECEDENTES Y BASES DEL ACUERDO ENTRE LOS TRABAJADORES DE LOS MUELLES Y LA COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA. Puesto en consideración el Orden del día fue aprobado. La presidencia ordenó darle lectura al citado memorándum presentado por la Compañía Frutera de Sevilla para responder a las peticiones hechas por el Sindicato por el elevado conducto del Delegado Oficial. Luego, antes de iniciar la lectura, punto por punto, del citado memorándum la presidencia pidió a la Asamblea la mayor atención y serenidad para apreciar los puntos presentados por la Compañía. Siguió diciendo que no era del caso discutir el introito presentado por la Compañía, por cuanto lo importante era que ambas partes, dentro de la mejor comprensión, estaban buscando bases para solucionar satisfactoriamente el problema planteado por la Frutera de Sevilla al suspender sus labores en los muelles. Que era de destacar la manera como el doctor Zúñiga Herrera había conducido el negocio de la Compañía y el sindicato. La presidencia nombró lector al compañero Guillermo López Russo, quien dio lectura a los siguientes puntos: a) La Convención Colectiva se entiende prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales, y éstos serán terminados por mutuo acuerdo entre las partes, al cancelarse los embarques de bananos; b) Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla, se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho, previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la Compañía' ".

2. Al folio 16 vuelto a 17 la Resolución Nº 00006 de enero 14 de 1966, emanada del Ministerio de Trabajo, en cuyo artículo 1º se lee:

"ARTICULO PRIMERO. Autorizar a la Empresa denominada 'Compañía Frutera de Sevilla', sociedad anónima con domicilio en Wilmington, Delaware, Estados Unidos de América, con negocios permanentes en Colombia en la Zona Bananera del Departamento del Magdalena y representada por el señor Harle A. Ven Ewald, para suspender definitivamente sus labores en el frente de trabajo correspondiente a la Zona Bananera del Departamento del Magdalena y dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscritos con la

totalidad de los trabajadores que laboran en dicho frente, por las razones y motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia".

3. Los representantes de la empresa y del Sindicato con la anuencia del Delegado Especial del Ministerio de Trabajo celebraron el acuerdo aprobado por la Asamblea del Sindicato, (ver folios 21 al 24 del cuaderno número 2), cuyos textos son los siguientes:

"ACTA DE ASAMBLEA GENERAL. En la ciudad de Santa Marta siendo las seis y treinta de la tarde del día diecinueve de enero de mil novecientos sesenta y seis, se reunió en el local de la Sociedad Unión la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo, con el siguiente orden del día: PRIMERO: llamada a lista; SEGUNDO: consideración del acta suscrita para resolver el problema de la Compañía Frutera de Sevilla. Puesto en consideración el orden del día fue aprobado. El señor Secretario de Correspondencia compañero Julián González Jiménez informó la asistencia de cuatrocientos ocho compañeros. A continuación el señor Presidente ordenó al compañero Adalberto Bermúdez darle lectura al acta de audiencia celebrada en la Inspección Nacional del Trabajo, con la presencia de la titular de esta oficina, del señor doctor Gerardo Zúñiga Herrera, Delegado Especial enviado por el Ministerio del Trabajo, representantes de la Compañía y del Sindicato. En uso de la palabra el compañero Presidente Chacín Guerra manifestó que el acto que se iba a hacer a continuación era una formalidad exigida por la Empresa, pues dicha acta consagraba las aspiraciones del Sindicato de acuerdo con la autorización dada a la Junta Directiva en la Asamblea anterior celebrada el veinticuatro de diciembre del año pasado. Siguió diciendo el compañero Presidente que los únicos que seguirán trabajando con la Empresa eran los compañeros que trabajaban por embarques quienes también quedaban protegidos por el acta pero que recibirían el pago de sus prestaciones cuando terminaran su contrato de trabajo. En uso de la palabra el compañero Gonzalo Hincapié, a quien trabaja por embarques preguntó que por qué este personal también no era liquidado junto con los demás miembros del Sindicato. En uso de la palabra el compañero Sebastián González respondió al compañero Hincapié explicándole las razones expuestas por la Compañía. En uso de la palabra el compañero Romero requirió a todos los asistentes que estuvieran listos con sus correspondientes partidas de bautismo para acreditar su edad. Seguidamente la presidencia anunció el cierre del debate sobre el Acta suscrita en la Inspección del Trabajo, la cual fue aprobada por unanimidad. Seguidamente se presentó una Proposición que a la letra dice: 'PROPOSICION. La Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo, reunida extraordinariamente en la fecha, agradece al señor Ministro del Trabajo, doctor Carlos Alberto Olano Valderrama, la atención patriótica con que atendió nuestra solicitud de intervención para una solución satisfactoria del diferendo con la Compañía Frutera de Sevilla debido a su retiro de la Zona Bananera del Magdalena. De la misma manera reconoce los conocimientos jurídicos laborales y la buena voluntad del señor doctor Gerardo Zúñiga Herrera, Delegado Especial enviado por el Ministerio del Trabajo, condiciones estas que, unidas al espíritu de justa comprensión de parte de los representantes de la Compañía, han permitido un arreglo satisfactorio del problema. Transcríbase en nota de estilo al señor Ministro del Trabajo, al señor doctor Gerardo Zúñiga Herrera, al señor gerente de la Compañía Frutera de Sevilla y al señor Director del Departamento de Personal de la misma empresa. Santa Marta, enero diecinueve de mil novecientos sesenta y seis. Puesta en consideración fue aprobada por aclamación. Seguidamente se leyó otra proposición conformada en los siguientes términos: 'PROPOSICION. La Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, en su sesión especial de la fecha, aprueba en todas sus partes el acta final que acaba de leerse, suscrita por los representantes del Ministerio del Trabajo, los de la Compañía Frutera de Sevilla y la Directiva de nuestro Sindicato, documento que consagra las aspiraciones mínimas de los miembros de esta organización como base

para resolver el problema planteado por la mencionada Empresa con la suspensión de sus embarques de banano por el puerto de Santa Marta. Santa Marta enero diecinueve de mil novecientos sesenta y seis. Puesta en consideración fue aprobada. Seguidamente se presentó otra proposición que dice así: 'PROPOSICION. La Asamblea General extraordinaria del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, reunida en la fecha saluda a los compañeros integrantes de los comités ejecutivos de la Unión de Trabajadores de Colombia (U. T. C.) y de la Unión de Trabajadores del Magdalena (UTRAMAG) y los reconoce y agradece la atención permanente que prestaron al problema suscitado entre nuestra organización y la Compañía Frutera de Sevilla, con motivo de la suspensión de sus embarques de banano por el puerto local factor que contribuyó al arreglo satisfactorio del diferendo. Transcríbase en nota de estilo. Santa Marta, enero diecinueve de mil novecientos sesenta y seis. Puesta en consideración fue aprobada".

4. Al folio 33 del Cuaderno principal obra recibo suscrito por el trabajador demandante en el cual se lee:

"El suscrito trabajador declara: a) que bajo contrato de trabajo por término indefinido prestó servicios en el Terminal Marítimo a la Compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas. b) Que dicho contrato fue cumplido correctamente por dicha empresa. c) Que por razón del tiempo servido y de su edad, tiene derecho a la pertinente pensión de jubilación, y en consecuencia por tal motivo se acordó poner fin al contrato de trabajo desde el 26 de enero de 1966. d) Que a partir de esa misma fecha la Compañía le concede pensión mensual de jubilación de $411.15 que le será pagada en esta ciudad. e) Que a pesar de que el contrato de trabajo es cancelado en la fecha expresada, la pensión se le concede no con el promedio del salario mensual en el último año de servicio sino con base en ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor y por tanto favorable para el exponente. f) Que habiéndole la Compañía Frutera de Sevilla concedido la pensión de jubilación a que este documento se refiere, dicha sociedad no le adeuda suma alguna por razón del contrato de trabajo que entre las partes rigió, ni por salario, ni por prestaciones sociales y de consiguiente no le queda pendiente reclamo de ninguna clase contra la empresa (fdo) LORENZO BARROS LEAL. C. C. Nº 1.680.165".

5. La sentencia recurrida al folio 4, al 15 del expediente del Cuaderno Nº 2, se funda en que:

"En el arreglo conciliatorio las partes se refieren en cuanto hace a la edad y al tiempo laborado, a lo que sobre el particular prescriben las disposiciones legales, por ello la Sala acudió al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y ha encontrado que en el expediente se encuentra debidamente acreditado los extremos que dan derecho al nacimiento de la obligación exigida. La Sala no le da al finiquito de folio 38 valor liberatorio absoluto, porque no se ajusta a la realidad en cuanto hace al tiempo de servicio laborado por el demandante a la empresa demandada. La Sala respeta la cosa juzgada, en el aspecto que ella considere perfectamente definido, en donde no hay dudas, interpretaciones equívocas, o sea en el punto congelación de salario, y si hay duda, ésta solamente puede favorecer al trabajador por el principio 'indubio-prolaboratere' el cual se acoge la Sala".

De las documentales antes transcritas aparece que para dirimir el conflicto laboral originado por el retiro de la Compañía Frutera de Sevilla de la Zona Bananera del Departamento del Magadalena y evitar la situación de desempleo que quedaban los trabajadores a que se refieren los mencionados escritos, se celebró un arreglo de conciliación con aprobación del sindicato y del Ministerio de Trabajo (artículo 78 del C. de P. L.), y de la Empresa.

En el arreglo antes mencionado se convino que la jubilación que le correspondiera legalmente a los trabajadores sería liquidada con base en el salario promedio devengado en el año que finalizó el 7 de noviembre de 1966 por ser más alto su monto y en consecuencia más favorable a los trabajadores que el del último año de servicios. Las pensiones se reconocerían en consideración al lapso de servicios y edad, tal como lo acepta el propio demandante

en el recibo de pago de prestaciones y la vinculación laboral contractual entre las partes finalizó por motivo de la clausura de la empresa y se acordó entre éstas darlo por terminado por mutuo acuerdo.

Al actor le fue reconocida por la demandada una pensión de jubilación conforme a la conciliación celebrada, lo cual consta en el documento al folio 33.

Acreditada como antes se apreció la celebración de un arreglo conciliatorio entre las partes, dicho acuerdo, de conformidad con el artículo 78 del Código de Procedimiento Laboral, tiene el efecto de cosa juzgada, por lo cual ha debido dársele todo su valor legal por el fallador de segunda instancia y al no haberlo hecho así incurrió en los errores de hecho alegados por el casacionista.

También incurrió el ad quem a través de tales errores en violación de las normas legales que cita el recurrente en su cargo y en consecuencia éste debe prosperar, por lo cual se casará la sentencia impugnada y en sede de instancia se revocará la del a quo para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada de acuerdo con lo antes analizado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de fecha dos (2) de junio de mil novecientos setenta y seis (1976) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el proceso de Lorenzo Barros Leal contra la Compañía Frutera de Sevilla S. A., REVOCA el fallo de primera instancia de diez (10) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) y en su lugar declara probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada.

Sin costas.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

(Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 16).

Alirio Milciades Rodríguez Nieto, mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó, por conducto de apoderado, a la entidad denominada Fondo Aeronáutico Nacional, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenase a pagarle las cantidades que resulten probadas por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicio, reajuste de sueldos, viáticos, salarios insolutos, horas extras diurnas y nocturnas, prima de antigüedad, salarios correspondientes a actividades extracontractuales, remuneración durante el período de huelga, indemnizaciones por despido injusto y por mora, las que sean procedentes en forma extra y ultra petita y las costas del juicio.

Como hechos fundamentales afirmó que, mediante nombramiento por Resolución y posesión, prestó servicios a la empresa Colombiana de Aeródromos (ECA), hoy Fondo Aeronáutico Nacional, como Técnico de Teletipos, desde el 5 de febrero de 1966. Sustituida la ECA por esta última entidad y sin que ocurriese solución de continuidad, pasó a laborar con el Fondo, habiendo suscrito un contrato de trabajo el 10 de marzo de 1969, en el cual se dejó constancia de que "venía prestando sus servicios a la Empresa Colombiana de Aeródromos según consta en su hoja de vida y en virtud de nombramiento y posesión o sea como empleado público". En este contrato se dijo que prestaría sus servicios como Técnico Mecánico de Teleimpresores, pero al poco tiempo se le asignaron muchas otras actividades diferentes, lo que dio lugar a que se abstuviera de cumplir algunas, creándose una situación difícil con sus inmediatos superiores, especialmente con el señor Leonel Barbarán.

Tales servicios los prestaba en Medellín, por lo cual reclamó el pago de viáticos con resultados negativos. Laboraba en días domingos y festivos y horas extras diurnas y nocturnas, pero no recibió la remuneración legal correspondiente. Por haberse convenido la celebración de un nuevo contrato, en virtud del cual se le trasladaría a prestar servicios en el Centro Nacional de Adiestramiento de Aviación Civil, con salario de $ 4.500.00 mensuales, presentó renuncia, pero estando cumpliendo el respectivo preaviso, fue despedido el 21 de septiembre de 1971, cuando ya la renuncia había quedado sin efecto según lo reconoció la Resolución número 0846 de 29 de marzo de 1972. El procedimiento gubernativo fue agotado el 2 de junio de 1972, y a pesar de las varias reclamaciones no le han cancelado las sumas a que tiene derecho.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor por considerarlas contrarias a la realidad y al derecho. En cuanto a los hechos, manifestó atenerse a lo que se pruebe, ante la imposibilidad de responderlos debido a la multitud de situaciones que cada uno de ellos envuelve.

Tramitada la litis, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá —que fue el del conocimiento— la decidió mediante sentencia proferida el dieciocho de febrero de mil novecientos setenta y seis, absol-

viendo al Fondo Aeronáutico Nacional de todos los cargos y condenando en costas al actor.

El representante judicial de éste interpuso recurso de apelación, que el Tribunal Superior de Bogotá desató, en fallo de diez de mil novecientos setenta y seis, confirmando el de primer grado e imponiendo las costas de la alzada al recurrente.

Contra la anterior decisión el mismo apoderado ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a resolver, por haber sido admitido y tramitado en legal forma. La demanda que lo sustenta no fue replicada.

La impugnación

Pretende la casación total de la sentencia acusada, para que la Corte, en función de instancia, revoque la del Juzgado, y, en su lugar, despache favorablemente las súplicas del libelo inicial.

Con tal finalidad, y con apoyo en la causal primera de casación, se formulan dos cargos que se estudiarán en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Se enuncia así:

"Acuso la sentencia recurrida de infracción directa, por falta de aplicación, de las siguientes disposiciones legales vigentes: Ley 6ª de 1945, en sus artículos 1º, 8º y 11, Decreto 2127, reglamentario de la misma ley artículos: 1º, 2º, 3º, 4º, 38, 40, 43, 47, 48 y 51; artículo 2º de la Ley 64, de 1946, que modificó el artículo 8º de la misma Ley 6ª, de 1945; el artículo 1º del Decreto 797, de 1949; artículo 30, del Decreto 1050, de 1968, lo mismo que el Decreto 3130, de 1968, en sus artículos 9º y 45. Consecuencialmente, por infracción directa por aplicación indebida del Decreto 3140, de 1968, que creó el FONDO AERONAUTICO NACIONAL, y reorganizó el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil determinando sus funciones y constituyéndolo en administrador del Fondo Aeronáutico Nacional; del artículo 5º del Decreto 3135, de 1968; de los artículos 68 y 5º, del Decreto 1848, de 1969; al señalar a estos preceptos un alcance distinto del que corresponde a esas infracciones y en esta forma se condujo al H. Tribunal Superior de Bogotá a no considerar al actor como a un trabajador oficial, sino como a empleado público y en consecuencia a absolver al FONDO AERONAUTICO NACIONAL DEL PAGO DE LOS valores que por diferentes conceptos se solicitan en las diferentes peticiones de la demanda, a las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa a la indemnización moratoria por el no pago dentro del término legal como se demostrará".

En su demostración, el recurrente expone:

"El ad quem en la sentencia recurrida partió del evidente supuesto de que, el FONDO AERONAUTICO NACIONAL es un establecimiento público de orden nacional. Reseñó como principio general, fundamentado en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y en su Reglamentario 1848 de 1969, que las personas que prestan sus servicios en dichos establecimientos, son empleados públicos a excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y de aquéllos, vinculados al establecimiento público mediante contrato de trabajo en cuanto sus estatutos lo permitan; los cuales bajo las condiciones tienen el carácter de trabajadores oficiales.

"El Fondo Aeronáutico Nacional creado por el Decreto 3140 de 1968, que reorganizó el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y estableció sus funciones, se ciñe no sólo a la norma creadora, sino a los decretos que disponen las creaciones de tales entidades como son: Decreto 1050 de 1969, artículo 30, según el cual los establecimiento públicos y las empresas industriales del estado se ceñirán en cumplimiento de sus funciones a la ley o norma que los creó y a sus estatutos. En el presente caso en la entidad demandada Fondo Aeronáutico Nacional se están cumpliendo las funciones señaladas por el Decreto 3140 de 1968 y de su decreto reglamentario, que revisa la organización del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil dicho Decreto es el 601 de 1974, en cuanto a que no sólo vincula personal mediante disposición legal, sino que vinculó al demandan-

te mediante contrato de trabajo y por este motivo el actor figuró como empleado oficial y no como servidor público.

"La fundamentación de la sentencia recurrida en la que básicamente se resalta la operancia de la regla general de que 'las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, y Establecimientos Públicos, son empleados públicos'. De acuerdo con la primera parte del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, se determina la necesidad de organizar el ataque de la sentencia recurrida, primero desde el punto de vista de la censura por la violación directa de las disposiciones señaladas en el cargo como olvidadas y no aplicadas, ya que tanto su olvido como su falta de aplicación, condujeron al H. Tribunal Superior de Bogotá a la concepción errónea de que el problema de la vinculación laboral de los trabajadores oficiales con los establecimientos públicos debía juzgarse fundamentalmente y de manera especial, a través del Decreto 3135, de 1968, y del Decreto 1348 de 1969. Por tal criterio el ad quem, fue conducido a la violación directa del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y del artículo 5º del Decreto 1848 de 1969, por aplicación indebida originada en el señalamiento para dichos preceptos de alcances distintos de los propios como se explicará más adelante.

"Las relaciones jurídicas laborales de los distintos servidores del Estado, no han sido creadas recientemente y menos por el Decreto 3135 de 1968, ni a las disposiciones que aparecen en la reforma administrativa de 1968, por el contrario con anterioridad a dicho decreto y a la mencionada reforma ningún estatuto legal prohibía a las entidades públicas la celebración de contratos de trabajo que fuesen necesarios para un mejor servicio, pues se observa que desde los tiempos del Tribunal Supremo del Trabajo lo ha venido tratando el acaso (sic) de los trabajadores oficiales mediante jurisprudencias sentadas por las corporaciones encargadas de administrar justicia pues en forma más que reiterada se ha contemplado la vinculación de trabajadores oficiales a la administración mediante contratos de trabajo".

"El Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades legales procedió a crear el Fondo Aeronáutico Nacional y a reorganizar el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, lo mismo que las funciones, mediante el Decreto 3140 de 1968, y posteriormente dictó el Decreto 601 de 1974, por medio del cual dispone la revisión de la organización de la entidad ya mencionada, esto en concordancia con el Decreto 3130 de 1968, en su artículo 45, siendo éstas las normas que regulan la administración y funcionamiento de tales entidades en concordancia con todas las ya citadas, pues a decir verdad hasta el momento desconozco estatutos dictados en la entidad demandada con base en las normas ya citadas y repito, tales entidades tienen sus funciones señaladas directamente en los decretos ya mencionados, por lo tanto habrán necesariamente que aplicarse las normas anteriormente citadas que están vigentes, sin que hayan sido derogadas en concordancia con los ya citados decretos al caso que nos ocupa, es decir a la vinculación contractual que existió entre el actor y el Fondo Aeronáutico Nacional, normas que olvidó y dejó de aplicar el H. Tribunal Superior de Bogotá".

"Sin las infracciones directas originadas en la falta de aplicación y en la aplicación indebida de las disposiciones reseñaladas en el cargo, el H. Tribunal Superior de Bogotá necesariamente hubiera condenado al Fondo Aeronáutico Nacional al pago del lucro cesante por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y a las correspondientes indemnizaciones, lo mismo que al pago de los demás valores por los conceptos solicitados en la demanda".

Se considera

Advierte la Corte que, de conformidad con el razonamiento contenido en la sentencia acusada, la presunta violación del primer grupo de normas reseñaladas en la censura y de las cuales se afirma infracción directa, por falta de aplicación, no habría sido la causa de la transgresión, por aplicación indebida, de los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 5º del Decreto 1848 de 1969. Todo lo contrario, la aplicación indebida de éstas habría conducido a la fal-

ta de aplicación de aquéllas, las cuales sólo resultarían infringidas como una simple consecuencia de la violación de los preceptos que realmente sirvieron de base al juzgador para desatar el litigio.

El Tribunal parte de la base —no sólo no discutida por el recurrente, sino expresamente aceptada por éste —de que el Fondo Aeronáutico Nacional es un establecimiento público. Luego analiza el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, especialmente en su inciso 1º, y deriva la conclusión de que él consagra la regla general de que las personas que trabajan en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, tienen el carácter de empleados públicos; pero que dicha regla admite la excepción de los que prestan servicios en la construcción y sostenimiento de obras públicas, para reconocerles la condición de trabajadores oficiales, y la de aquellas actividades que, de acuerdo con los respectivos estatutos, pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Tales deducciones son inobjetables y se ajustan a la constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala y al propio contenido del precepto, que es del siguiente tenor:

"Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo."

Posteriomente, para aplicar el referido ordenamiento legal a la situación fáctica que encontró establecida en los autos, el ad quem, reflexionó así:

"En el caso sub judice, tenemos: El Fondo Aeronáutico Nacional es un Establecimiento Público; en providencia citada por el funcionario de primera instancia, proferida por este Tribunal, queda demostrado este aspecto. En este evento al trabajador se le debe considerar como Empleado Público, toda vez que no demostró dentro del informativo, que se encontraba en alguno de los casos exceptivos referentes al inciso primero del citado artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, o sea que desempeñaba actividades en la construcción y conservación de obras públicas, o en este caso concreto que trabajaba en la construcción de Aeródromos —Decreto 508 de 1959—, o que los servicios prestados como 'TECNICO MECANICO DE TELEIMPRESORES' según se afirma en la demanda —fl. 4— corresponda a las actividades que de acuerdo con los Estatutos de la Empresa demandada, permita su vinculación mediante contrato de trabajo".

"Los otros presupuestos para la aplicación de la norma y que el sentenciador echó de menos, como son la falta de demostración de que el actor hub'ese estado vinculado a la construcción y sostenimiento de obras públicas, o que en los estatutos se hubiera previsto que las actividades por él ejecutadas podían desempeñarse mediante contrato de trabajo, tampoco han sido materia de discusión por parte del impugnante. Por el contrario, en el desarrollo del cargo se hace la manifestación expresa de que se ignora si los dichos estatutos existen o no.

En las circunstancias anotadas, se impone la conclusión de que el precepto examinado fue correctamente aplicado y que el cargo que se estudia carece de todo fundamento, pues, además, las normas a que se refiere la primera parte de la censura no tenían por qué ser aplicadas por el fallador si no halló establecido que las relaciones entre las partes habían estado regidas por un contrato de trabajo.

El ataque no prospera.

Segundo cargo

"Acusa violación indirecta de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945; artículo 2º de la Ley 64 de 1946, modificativo del artículo 8º de la misma Ley 6ª de 1945; violación de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 38, 40, 43, 47, 48 y 51, del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945; artículo 1º del Decreto 797, de 1949 sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, en concordancia con los artículos 30 del Decreto 1050 de 1968, artículo 45 Decreto 3130 de 1948; Decreto 3140 de 1968, Decre-

to 601 de 1969, en cuanto estos decretos crearon y disponen las funciones y la revisión del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; de los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968; artículos 1º, 3º y 5º, del Decreto 1848, reglamentario del anterior; el artículo 163, del C. de P. C.", a consecuencia de los siguientes errores evidentes de hecho:

"Primero. En dar por demostrado sin estarlo que el señor Alirio Milciades Rodríguez Nieto le prestó sus servicios al Fondo Aeronáutico Nacional como empleado público.

"Segundo. En no haber dado por establecido estándolo que el señor Alirio Milciades Rodríguez Nieto en el momento del despido era trabajador oficial al servicio del Fondo Aeronáutico Nacional.

"Tercero. En no haber dado por establecido estándolo que el despido del señor Alirio Milciades Rodríguez Nieto del Fondo Aeronáutico Nacional, se produjo sin mediar justa causa, sin que se le cancelara el valor de la indemnización por el despido injusto.

"Cuarto. En no haber dado por establecido estándolo que la demandada sin previo aviso y sin mediar justa causa despidió al trabajador oficial demandante quien en consecuencia tiene el derecho a ser indemnizado por el despido y al pago del valor de la indemnización moratoria por la no cancelación oportuna de los valores reclamados en la demanda.

"Quinto. Al no haber dado por establecido el contrato de trabajo".

Tales errores, según el recurrente, provinieron de la errónea apreciación de las siguientes pruebas:

"a) Contrato de trabajo suscrito entre demandante y demandada señor Alirio Milciades Rodríguez Nieto y por la entidad demandada el señor René Van Meerbeke Restrepo y que figura a los folios 29 y 30 del cuaderno número uno (1) del expediente y otro si: que figura al folio 47 del cuaderno ya citado del expediente, en dicho contrato aparecen estipuladas las actividades a desarrollar por el demandante,así como el horario dentro del cual debía cumplir con el trabajo, la remuneración mensual por los servicios prestados y en el otro si: aclarando lo referente a unos viáticos etc. b) Copia de la Resolución número 0846, de fecha 20 de marzo de 1972, en la cual se está reconociendo que el demandante fue trasladado y ascendido a un nuevo cargo con un sueldo de $ 4.500.00 pesos y el reconocimiento por la entidad demandada de dicha asignación mensual y en donde aparece claramente cual fue el último cargo desempeñado por el demandante al servicio de la demandada, etc. c) Copia de la Resolución número 0356, que figura al folio 39 del cuaderno número uno (1) del expediente. d) Las pruebas que aparecen relacionadas y enunciadas como documentos del folio 14 al 19 del cuaderno número uno (1) del expediente que por numerosas no se relacionan nuevamente pero que todas son de gran importancia en el proceso, tales como las que figuran a los folios 21, 38, 48".

El cargo aparece sustentado así:

"Con anterioridad a la expedición de los decretos de la llamada reforma administrativa de 1968, las entidades públicas podían celebrar contratos de trabajo que consideraran necesarios para un mejor servicio y desde entonces, las personas que bajo esas condiciones los prestaran, adquirieron el carácter de trabajadores oficiales. El artículo 4º del Decreto 2127 de 1965, como reglamentario de la Ley 6ª de 1945, autorizó de manera general la celebración de contratos de trabajo entre la administración pública y los trabajadores oficiales con todos sus efectos jurídicos, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable del incumplimiento contractual, en la categoría de lucro cesante, por el despido injusto e indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones e indemnizaciones.

"Con los documentos que figuran a los folios: 29, 30 y 47, que corresponde al contrato de trabajo, se prueba que el actor fue un empleado oficial, pues así aparece ubicado ya que se está demostrando la vinculación contractual de carácter laboral que existió entre la entidad demandada y el demandante. Con los documentos que aparecen a los folios 32, 33, 34, 39 y 48, del cuaderno número uno (1) del expediente, se está probando una vez más que el actor no sólo fue trabajador oficial, sino que mediante dicho contrato de trabajo devengó las asignaciones señaladas

en tales documentos y que con base en esas mismas asignaciones se le reconoció algunos valores quedando así demostrado que en el momento del despido como figura en el documento del folio 48, estaba trabajando y se le despidió sin previo aviso."

"Lo más importante es que hay que tener en cuenta que el Decreto 1848 de 1968 Reglamentario del 3135 de 1968, establece en su artículo 3º, una excepción que es la siguiente: 'con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras', el actor estuvo bajo subordinación y continuada dependencia de la sección a la cual se le adscribió durante el tiempo que permaneció prestando sus servicios a la demandada y jamás desempeño un cargo de dirección, ni de confianza y manejo, por lo tanto no pudo ser empleado público como lo ha ubicado el ad quem. La apreciación del H. Tribunal Superior de Bogotá en cuanto a que las actividades desempeñadas por el actor repito no estaban incluidas en los estatutos como determinante de su carácter de trabajador oficial, resalta el ostensible error en la apreciación de las funciones señaladas mediante Decreto tanto al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como al Fondo Aeronáutico Nacional por cuanto éstas no se distinguen en forma especial por no haberse señalado con precisión las distintas actividades que los empleados, funcionarios y obreros pudieran desempeñar al servicio del Fondo Aeronáutico Nacional. Por tales apreciaciones el H. Tribunal Superior de Bogotá, violó por la vía indirecta las disposiciones señaladas anteriormente, como creaciones legales de los estatutos de los establecimientos públicos que en los términos del artículo 5º del Decreto 3135, de 1968, son los que determinan el carácter de la relación jurídica en cada caso."

Se considera

Como se vio en el estudio del cargo precedente, el Tribunal llegó a la conclusión de que el demandante Rodríguez Nieto había sido un empleado público y no un trabajador oficial, a través del análisis y de la aplicación que hizo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, atendida la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la ausencia de demostración de que se estuviera frente a los casos de excepción contemplados en el mismo precepto, y no mediante el examen de las pruebas singularizadas en la censura. Por esta razón, no cabe afirmar que se hizo una errónea apreciación de ellas.

Mas, ni por el hecho de no haber tenido como demostradas aquellas circunstancias exceptivas, se admitiese que las apreció para deducir esta última conclusión, tal apreciación no habría sido equivocada, pues las funciones que en el documento de folios 29 y 30 fueron asignadas al actor no lo caracterizan como "trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas", ni ninguna de esas probanzas acredita la existencia del estatuto de personal, ni que en éste se haya precisado que las actividades desarrolladas por él podían desempeñarse por medio de un contrato de trabajo.

De otro lado, la celebración de un contrato de esta índole por un establecimiento público, sin que concurran las circunstancias de excepción que lo autorizan, carece de valor frente al precepto legal comentado, pues la ley, en este caso, como tantas veces lo ha expresado ya la Corporación, priva sobre la voluntad de las partes.

Deviene, como consecuencia obligada de lo expuesto, que no incurrió el sentenciador en los dos primeros errores que se le imputan ni en el último, y que tampoco pudo haber cometido los restantes, que suponen la existencia de un contrato de trabajo que no se acreditó.

Conviene aclarar, por último, que la relación que vinculó al actor con el Fondo Aeronáutico Nacional, mediante el contrato allegado al proceso, nació y expiró dentro de la vigencia del Decreto 3135 de 1968, y que, por tanto, son sus disposiciones las que regulan el asunto cuestionado y no el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, como parece entenderlo el impugnador.

Con todo, cabe observar que, ni aún frente al contenido de este ordenamiento y dada la situación probatoria registrada en los autos, habría sido posible deducir la calidad de trabajador oficial en el demandante y la existencia de un nexo contractual laboral.

La acusación, en consecuencia, se desestima.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez de mayo de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario laboral promovido por Alirio Milciades Rodríguez Nieto contra el Fondo Aeronáutico Nacional.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ES ERROR SUBSANABLE LA OMISION DEL NOMBRE DE UNO DE LOS DEMANDADOS

Modalidades del Salario

Buena fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 19).

Gonzalo Sánchez Martínez, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la sociedad Auto Mundial Ltda., con domicilio en Bogotá, y a Antonio Puerta T., como socio de la mencionada compañía, solidariamente, para que por medio de los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan en contra de los demandados las siguientes o parecidas condenas:

"Primera (1ª): Que se condene a la sociedad Auto Mundial Ltda., y al señor ANTONIO PUERTO T., mayor y vecino de esta ciudad, solidariamente, a pagar a mi mandante, señor GONZALO SANCHEZ MARTINEZ, el reajuste del pago de los domingos y días festivos comprendidos durante la vigencia del contrato de trabajo y teniendo en cuenta el salario variable por el demandante."

"Segunda (2ª): Que con base en la condena anterior, se decrete a favor de mi mandante el reajuste de las primas de servicio y de las vacaciones causadas a favor del señor GONZALO SANCHEZ MARTINEZ, durante todo el tiempo de servicios.".

"Tercera (3ª): Que se condene a la Sociedad demandada, AUTO MUNDIAL LTDA., y al señor ANTONIO PUERTO T., solidariamente, a pagar al señor GONZALO SANCHEZ MARTINEZ, el valor de la cesantía por todo el tiempo de servicios y debidamente reajustado de conformidad con el valor que resulte de la primera de las condenas impetradas en este Capítulo, deduciendo de dicho valor el monto de los pagos que se hubieren verificado válidamente, con sujeción a las normas sustantivas."

"Cuarta (4ª): Que se condene a los demandados solidarios a pagar a mi mandante el valor de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los anteriores salarios y prestaciones, a partir del día 15 de marzo de 1969 y hasta el día en que el pago total se verifique."

"Quinta (5ª): Que se condene a los demandados solidarios a pagar a mi representado las costas y costos del presente juicio."

Según los hechos de la demanda Gonzalo Sánchez Martínez inició la prestación de sus servicios para Auto Mundial Ltda., de la cual es socio el señor Antonio Puerto T., el día 9 de agosto de 1961, permaneciendo en la misma hasta el 15 de marzo de 1969; su salario fue de dos mil ochocientos pesos ($2.800.00), como sueldo fijo mensual, además de variable bajo la modalidad de comisiones, que ascendieron en el último año a seis mil ochenta y tres pesos con 15/100 ($6.083.15). Los domingos y festivos se le pagaron únicamente con base en el salario fijo no en cuanto a a la remuneración variable, lo que incidió para que la liquidación por primas de ser-

vicios, vacaciones y auxilio de cesantía fuese incorrecta. Como no se le ha pagado el valor correspondiente a sus salarios y prestaciones, los demandados solidariamente están en mora de hacer dicho pago y han incurrido en la falta castigada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El apoderado judicial de Auto Mundial Ltda., y de Antonio Puerto T., quienes conjuntamente contestaron la demanda, aceptó como ciertas la calidad de socio de Antonio Puerto T., de Auto Mundial Ltda y la fecha de ingreso y egreso de Gonzalo Sánchez Martínez al servicio de la sociedad demandada, negando los demás hechos, con aclaraciones en algunos casos. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de prescripción y pago.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el doce de julio de mil novecientos setenta y cinco, en cuya parte resolutiva condenó a la sociedad Auto Mundial Ltda., y a Antonio Puerto T., solidariamente hasta el límite de su aporte, a pagar a Gonzalo Sánchez Martínez la suma de $ 5.606.47 M/cte., por concepto de reajuste del auxilio definitivo de cesantía, absolvió a las demandadas de las restantes peticiones de la demanda; declaró totalmente probada la excepción de prescripción en relación con el reajuste de la prima de servicios y parcialmente probada en lo referente al reajuste del descanso dominical y festivo de las vacaciones; declaró probada la excepción de pago total en lo referente al reajuste del descanso dominical y de las vacaciones y parcialmente probada en lo que hace al auxilio de cesantía. Condenó en costas a los demandados en un 60%.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el doble recurso en sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, que resolvió lo siguiente: "1º MODIFICAR el literal a) del numeral primero de la sentencia de fecha doce (12) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a la sociedad denominada AUTO MUNDIAL LTDA., a pagar al señor GONZALO SANCHEZ MARTINEZ, la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS ($4.994.72) por concepto de cesantía. 2º REVOCAR el numeral segundo de la misma sentencia en cuanto absuelve a la sociedad demandada de la petición relacionada con indemnización moratoria y en su lugar dispone CONDENAR a la entidad demandada AUTO-MUNDIAL LTDA., a pagar al señor GONZALO SANCHEZ MARTINEZ la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($345.844.80), por concepto de indemnización moratoria, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. 3º CONFIRMAR en todo lo demás el fallo recurrido. 4º SIN COSTAS en esta instancia".

Recurrieron en casación los apoderados de ambas partes. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, el doble recurso se decidirá previo estudio de las demandas extraordinarias y de los escritos de réplica de las partes en cuanto opositoras. Se examinará en primer término el recurso de la parte demandada, por cuanto persigue la casación total del fallo recurrido.

Recurso de Auto Mundial Ltda., y Antonio Puerto T.

Alcance de la impugnación

Lo presenta así el recurrente: "Pretendo que esa Honorable Corporación case totalmente la sentencia recurrida, en cuanto modificó la de primera instancia condenando a mi representada al pago de $4.994.72, por reajuste de cesantía y revocó la misma sentencia condenando a AUTO MUNDIAL LTDA., al pago de $345.844.80 por indemnización moratoria y convertida esa Honorable Corporación en Tribunal de Instancia confirme la proferida por el Juzgado Quinto del Circuito Laboral de Bogotá en cuanto absolvió a AUTO MUNDIAL LTDA., de las peticiones por reajuste de prima de servicios y vacaciones, descansos dominicales y festivos e indemnización moratoria y revoque la condena por reajuste de cesantía en la forma que fue modifica-

da por el Honorable Tribunal y en su lugar absuelva a la sociedad AUTO MUNDIAL LTDA de la petición por reajuste de cesantía".

Con fundamento en la causal primera de casación formula el casacionista tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"Acuso la sentencia de ser violatoria por vía directa e interpretación errónea de los Arts. 132, 133, 134, 172, 173 inciso 1º, 174, 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, interpretación que llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 249 y 65 de la misma obra. La maravillosa explicación que el doctor JORGE VALENCIA A., Conjuez de la Honorable Corte Suprema al voto dado en la sentencia que desató el recurso de casación en el ordinario laboral de LUIS LOPERA LOPERA contra Droguería Continental 'DROCONTAL Compañía C. S.'; me permito proponer a la Honorable Sala el cargo por interpretación errónea a efecto de que se replantee el sentido exacto de las normas acusadas y se desentrañe el verdadero. La interpretación errónea como lo ha sostenido esa Honorable Corporación en varias de sus providencias, consiste en darle a la norma jurídica, un sentido que no tiene y esto es lo que ha sucedido en la sentencia de GONZALO SANCHEZ M., contra Auto Mundial Ltda., en donde el sentenciador de segunda instancia al imponer a la sociedad demandada una condena por reajuste de cesantía, fundamentada en unos descansos dominicales y festivos correspondientes al último año de servicios, ha dado un sentido totalmente diferente al que en realidad tienen los artículos acusados, lo cual aparece claro en una exégesis e interpretación conjunta que es necesario dar a las normas acusadas. En efecto, el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra la libertad de estipulación salarial para las partes que celebran un contrato de trabajo y sólo se les fija como límites el salario mínimo legal o el pactado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales. Lo anterior nos está indicando que cualesquiera que sea la forma de determinar el salario por los contratantes, siempre hay un mínimo garantizado por la ley y que tomando como factor la unidad de tiempo corresponde al salario mínimo por su parte el artículo 133 del Código divide los salarios en jornales y sueldos, el primero debe entenderse como pactado por días y el segundo por períodos mayores, el único entendimiento correcto que puede darse a esta norma es el que nos indica que no hace ninguna diferenciación entre salario y unidad de tiempo y salario por tarea, por obra o a destajo o comisión etc; sino que cualquiera que sea su modalidad se estipula por día si es jornal y si por períodos mayores sueldo, lo anterior significa que en Colombia cualquiera que sea la modalidad pactada por las partes en cuanto a salario ésta no puede ser sino jornal o sueldo, la interpretación que ha dado el Tribunal de considerar solamente como sueldo el salario por unidad de tiempo o como fija pactada por período mayor de un día es errónea y no se ajusta al verdadero sentido del artículo 133 del Código, lógicamente interpretado en concordancia con el artículo 132 de la misma obra. Clarificada la interpretación conjunta de los artículos 132 y 133 del Código, debemos referirnos al contexto del artículo 174, para llegar a la conclusión de que también fue mal interpretada, al darle el sentenciador un carácter de jornal, al salario variable estipulado por jornadas mayores a la de un día y que por lo tanto en las categorías fijadas por el artículo 133 debía comprenderse como sueldo y en consecuencia los descansos dominicales y festivos se hallaban comprendidos en el pago recibido mensualmente por el demandante, la interpretación errónea es nítida al entender el sentenciador que un sueldo como era el pactado entre GONZALO SANCHEZ Y AUTO MUNDIAL LTDA, no comprendía el pago de los descansos dominicales y festivos contrariando en forma clara el texto del inciso segundo del artículo 174, el cual por otra parte emplea el vocablo 'En todo sueldo', lo que nos está indicando que el legislador entendió la existencia de varias clases de sueldos, es decir el variable y el fijo dentro de la norma interpretada y este pensamiento del legislador se halla acorde con lo señalado e interpretado sobre el artículo 133 del Código. La secuencia lógica de las normas cuya interpreta-

ción errónea hemos explicado, nos lleva a señalar que también se le dio un sentido que no tiene por parte de la sentencia acusada al artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto a la acepción 'cuando se trate de salarios fijos' se le dio un sentido que no tiene y fue el de considerar que no se refiere exclusivamente a los jornales sino que puede comprender remuneraciones superiores a la jornada diaria, siempre y cuando estos fueran variables, pero en realidad el sentido exacto del artículo 176 permite considerar la remuneración de los descansos obligatorios en forma especial e independiente al jornalero a quien se le remunera por días bien sea salario fijo o variable y en este último caso promediando lo realmente devengado en la semana inmediatamente anterior y comprende únicamente los días realmente trabajados. La propia redacción del artículo 176 nos indica su sentido exacto, ya que el legislador tomó como indicativo para la liquidación de los descansos dominicales y festivos la comisión recibida semanalmente es decir el término que pueden abarcar los jornales, pretender extender a salarios pactados por jornadas superiores a la diaria, la aplicación del artículo 176 es darle a éste un sentido que no tiene, que no concuerda con el orden lógico y claro de las disposiciones legales sobre esta materia y como así lo hizo el sentenciador de segunda instancia debe concluirse que interpretó erróneamente el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo mismo que hemos señalado en los párrafos anteriores, puede predicarse de los artículos 172, 173 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su orden determinan el derecho a descanso dominical remunerado en los días festivos, no se ajusta la interpretación dada a esta norma por el sentenciador, a su sentido exacto por cuanto como ya se explicó el salario estipulado corresponde a la modalidad de sueldo y no a la de jornal y en estas condiciones debe entenderse que que el descanso remunerado en la forma señalada por la ley y en la cuantía determinada por ella tanto para los dominicales como para los festivos se hallaba comprendido dentro del pago mensual que como sueldo recibía el demandante. La interpretación errónea de las normas citadas llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 249 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al ordenar un reajuste de cesantía y una indemnización moratoria que sólo tuvieron su fundamento en el promedio deducido por el sentenciador al considerar unos descansos dominicales y festivos que como pudimos observar, sólo tuvieron su fundamento en la interpretación errónea de las normas del Código Sustantivo del Trabajo, que citó al proponer el cargo y que lógicamente llevarán a la Honorable Corte a casar totalmente la sentencia recurrida y convertida esa Honorable Corporación en Tribunal de instancia deberá revocar la proferida por el Juzgado de primera instancia, en cuanto condenó al pago del reajuste de cesantía y a confirmarla en todo lo demás".

El opositor observa que la demanda extraordinaria no reúne los requisitos de forma, por cuanto el recurrente omitió incluir entre las partes al señor Antonio Puerto Tovar, quien aparece como demandado en el juicio, referente al alcance de la impugnación dice que resulta equivocado, porque se pretende la revocatoria de la condena por reajuste de cesantía en la forma que fue modificada por el Tribunal, pues la Corte indispensablemente ha de volver sus ojos a la sentencia de primer grado y no a la del ad quem. En relación con el primer cargo anota que la proposición jurídica es incompleta por no haberse señalado como violado el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, sustitutivo de 253 del Código Sustantivo del Trabajo. Además considera que las normas indicadas como violadas fueron correctamente apreciadas.

Se considera

En relación con las observaciones de carácter técnico hechas por el opositor encuentra la Sala que la omisión del nombre de uno de los demandados al designar las partes es error subsanable, porque la parte demandada es una sola, aún cuando sean varias las personas citadas al juicio, y puede identificarse fácilmente con designar una de ellas. Cuanto al Alcance de la impugnación se entiende que se pide la revocatoria de la condena impuesta por

reajuste de cesantía, aún cuando resulta redundante hacer alusión a la forma en que fue modificada por el Tribunal Superior, cuyo quebrantamiento ya se había solicitado.

En relación con la crítica al primer cargo por no haberse incluido como violado el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 observa la Sala que la censura a la sentencia se fundamenta en que no se tomó como salario mensual el devengado por el demandante, y no por haberse violado las reglas sobre liquidación del auxilio de cesantía contenida en la norma que se omitió incluir en la proposición jurídica.

Entrando al fondo de la acusación considera la Sala que la modalidad del salario, que las partes pueden pactar libremente, se determina nó por los períodos en que se hagan los pagos, sino por la medida que se tiene en cuenta para graduarlo. El salario fijo se gradúa por la unidad de tiempo: horas, días, semana, meses; el variable por la cantidad de obra ejecutada o por los resultados de la labor que se realiza, y es por tarea cuando se adopta un sistema complejo, que combina los factores anotados con otros que sirven de estímulo al trabajador. Cuando el artículo 133 del Código Sustantivo del Trabajo da la denominación de jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por periodos mayores, se refiere indiscutiblemente al salario pactado por unidad de tiempo, no a los períodos en que se pague, que pueden ser diferentes, como el jornal que se acostumbra cancelar semanalmente, y el mensual por décadas o quincenas. Pero un salario variable, como las comisiones por ventas o el estipulado por unidad de obra, no se convierte en salario por unidad de tiempo, jornal o sueldo, por el simple hecho de que su valor se entregue al trabajador diariamente, semanlamente o mensualmente.

Esto es lo que ha sostenido la Corte, como puede verse en el fallo de quince de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, cuando dijo:

"a) El salario que define el artículo 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. Si las palabras jornal y sueldo comprendieran no solo 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 o por tarea, por comisión, participación de utililidades, etc.) como lo asevera el recurrente, rebasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por el artículo 28 del Código Civil (G. J. 2271 pág. 401). b) Si los contratantes de acuerdo con la facultad del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, para estipular libremente el salario,, escogen la remuneración por unidad de tiempo, la regla aplicable para remunerar los descansos en domingos y festivos es el artículo 174; si optan por el salario variable opera la doctrina del artículo 176. Se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales. (La misma sentencia de la Corte en Gaceta Judicial y páginas citadas. c) El 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 este transcurre 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 175) 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 a pario de analogía." (Sears Roebuck de Medellín S. A. contra Osman Jaramillo Torres).

Sentadas las bases anteriores el Tribunal Superior interpretó correctamente las normas acusadas cuando distinguió entre el salario fijo o por unidad de tiempo y las

comisiones, salario variable, y en cuanto aplicó en relación con este último las normas contenidas en el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y se abstuvo de aplicar el inciso 2º del artículo 174 ibídem que se refiere a salarios estipulados por unidad de tiempo.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Como los cargos segundo y tercero de la demanda que se está estudiando persiguen, que se quebrante el fallo en cuanto condenó a la indemnización por mora desde la fecha en que terminó el contrato de trabajo y los dos cargos propuestos en la demanda del trabajador recurrente pretenden que la sanción se imponga hasta cuando se haga el pago de las condenas impuestas, el orden lógico es el de estudiar en primer término los propuestos por el trabajador, pues si prospera sería inoficioso examinar los cargos del patrono demandado.

El alcance de la impugnación lo formula así el trabajador recurrente: "La presente demanda aspira a obtener a través de los cargos que adelante se formulan y demuestran, la casación del numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 10 de octubre de 1975, para que en sede de instancia se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a los demandados de la indemnización moratoria para que en su lugar se condene a los demandados a pagar el valor de un día de salario por cada día de mora en el pago de la totalidad de las acreencias laborales, hasta que este se verifique. Para evitar equívocos en cuanto a la interpretación del alcance de la impugnación, debo manifestar que pretendo la casación total del numeral segundo indicado, puesto que no sería lógico pretender mantener la condena que allí se dicta y simultáneamente la mayor que en esta demanda se impetra".

Primer cargo

Lo presenta así:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, parcialmente modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por vía indirecta, por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, proveniente de errores manifiestos de hecho en la apreciación de ciertas pruebas y en la falta de apreciación de otra. Las pruebas mal apreciadas son la confesión judicial hecha en la contestación de la demanda y en el llamado escrito de excepciones; el contrato de trabajo y las diligencias de pago por consignación y como falta de apreciación se exhibe el oficio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que obra a fl. 87. a) Demostración del cargo. La motivación de la sentencia en cuanto al análisis de la indemnización moratoria se limita a expresar que entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo y aquélla en la cual se produjo la consignación de los valores correspondientes a los descansos en días domingos y feriados, transcurrió un lapso considerable que supone una mora que ha de ser sancionada a términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En tal forma, realizó el Tribunal lo que se podría denominar la aplicación objetiva de la disposición citada, es decir, la simple verificación de un tiempo de mora para efectos de la imposición de la sanción, sin realizar ningún estudio sobre el comportamiento o la conducta de las partes, para determinar la buena o mala fe con que obraron. Empero, no se percató el Tribunal que aún después de imputar los valores consignados a la cancelación de los derechos laborales, quedaba un saldo a cargo de los demandados, lo que hacía indispensable la investigación de la conducta de los litigantes, para efectos de absolver o condenar a la parte demandada al pago de la indemnización moratoria hasta tanto se verificare el pago de la totalidad de dichos derechos. Tal es el yerro cometido y que aspiro dejar demostrado a continuación. En ese orden de ideas, el ad quem dio por acreditado, sin estarlo, que la indemnización por mora solamente tendría que llegar hasta la fecha de la consignación e implícitamente, dio por probado, sin estarlo, que la parte demandada había procedido de buena fé y en tal virtud se la absolvió del mayor valor de la sanción, que provendría de la aplicación de ésta hasta el pago total de sus obligaciones laborales y dichos errores

se cometieron a través de manifiestos yerros en que incurrió el sentenciador en el análisis probatorio, como enseguida se destacan:".

Luego examina cada una de las pruebas que señala como erróneamente apreciadas o dejadas de apreciar y argumenta:

"Resulta de lo anteriormente expuesto que el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho que lo condujeron a no aceptar la sanción en mora hasta tanto se verificara el pago total de los derechos laborales de mi procurado, los cuales provenieron de los yerros ya destacados en la apreciación del material probatorio, el cual si hubiera sido realizado con más cuidado hubiera llevado como consecuencia inevitable a tener por demostrada la mala fe patronal. En efecto, la concatenación en el análisis de las pruebas señaladas no puede conducir a una solución diferente. Véase, para comenzar, la posición asumida en la demanda de negar la existencia de la obligación y obsérvese por el contrario, la claridad de la cláusula contractual, la del texto de los conceptos ministeriales y la del memorial de las diligencias de pago por consignación, todos estos documentos aducidos por el patrono y en un sentido totalmente diferente, absolutamente antitético al planteamiento exhibido en el proceso. Entonces resulta que dentro de la litis el comportamiento procesal que es sancionado a término de la ley— obedece a principios y tesis totalmente diversos a aquellos conocidos y adoptados por el patrono antes de la controversia judicial. No es posible, entonces, establecer ningún tipo de compatibilidad entre esa conducta y la buena fe. Por otro lado, al margen de las consideraciones precedentes, se tiene que la jurisprudencia inveterada ha establecido que la buena fe es susceptible de ser demostrada a través de la exposición razonada de argumentos serios y atendibles, así no resulten acogidos por el juzgador. En el presente caso y por mucho esfuerzo que hagan los H. Magistrados para encontrarlos, no se hallarán en parte alguna del plenario expresiones que acrediten la existencia de esos razonamientos; no hay vestigios de alegaciones fundamentadas y solamente se encuentran las observaciones comentadas de la contestación de la demanda que solo demuestran que aún hay abogados que creen en la ingenuidad e imbecilidad de los falladores y de sus contrapartes. Yo, personalmente continúo ofendido".

Por último remata el casacionista su argumentación con citas textuales de pasajes de los fallos de esta Corporación proferidas el dos de julio de mil novecientos setenta y cinco, Cecilia Flórez de Salcedo contra Hijas de la Sabiduría, y el trece de noviembre de 1969.

El opositor observa que en el cargo no se puntualizan los errores de hecho; que el sentenciador no se refiere en ninguno de sus apartes a la contestación de la demanda o al escrito de excepciones como confesiones por lo cual no pudo apreciarla erróneamente. Lo mismo dice del contrato de trabajo que solo fue tenido en cuenta por el Tribunal Superior para deducir de allí la fecha de iniciación del mismo y la naturaleza del salario pactado, pero no se fundamentó en el mismo para considerar que había existido buena fe. En cuanto a las diligencias de pago por consignación estima que fueron apreciadas correctamente.

Se considera

El fallador de segunda instancia no hizo condenación alguna sobre la buena o mala fe del patrono demandado por el no pago de los conceptos que contra el mismo se dedujeron en juicio, pues se limitó a dar como solucionada la obligación con la consignación que se hizo el 13 de junio de 1972, por lo cual condenó a la indemnización correspondiente al período comprendido entre esta fecha y la terminación del contrato. No puede en consecuencia atribuírsele error de hecho por haber dado por demostrado la buena fe y no haber dado por demostrada la mala fe del patrono con posterioridad a la consignación, pues, se repite sobre dicho período no hizo consignaciones sobre la existencia o inexistencia de los hechos.

El cargo en consecuencia no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, par-

cialmente modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por vía directa por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. b) Demostración del cargo. Con prescindencia absoluta de cualquier referencia a errores de hecho, inadmisibles en esta modalidad, pretendo demostrar que el Tribunal de Bogotá interpretó erróneamente la disposición contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al aplicarla con olvido del análisis que ha debido realizar en cuanto a la conducta de la parte demandada. Planteado en esos términos el ataque, mucho me temo que su desarrollo diste de ser original, puesto que voy a seguir muy de cerca las enseñanzas de la H. Corte en la memorada sentencia de Cecilia Flórez de Salcedo contra las Hijas de la Sabiduría. En efecto, en dicha providencia se lee que el recurrente afirma que 'la jurisprudencia de la H. Corte le ha dado a ese precepto un entendimiento racional, vinculando su aplicación a la desproporción entre lo debido y lo pagado por todos los conceptos en la liquidación final, o a la ausencia de motivos razonables de error o de duda respecto de la deuda o de su monto.

La motivación de la sentencia que impugno es el puro regreso a la denominada 'aplicación mecánica' de la sanción moratoria, que la H. Corte ha venido rechazando en memorables providencias', como es fácil observar el recurrente en aquel proceso formula su ataque, que en últimas resulta próspero, en términos absolutamente idénticos a los que aquí se plantean, no obstante que el alcance de la impugnación es diametralmente diferente. Por lo tanto, afirmo que el ad quem interpretó equivocadamente el artículo 65, al aplicarlo con prescindencia del estudio que ha debido realizar respecto de la mayor o menor buena fe con que procedió el patrono, limitándose a determinar el valor de la indemnización apoyado exclusivamente en el tiempo transcurrido entre la finalización del vínculo contractual y la consignación de sus obligaciones laborales, verificada esta última en forma incompleta. Al despachar exitosamente el referido cargo, la H. Sala, antes de hacer el recuento formidable de sus doctrinas en torno de la aplicación del artículo 65, señala que "de la motivación transcrita-sustancialmente —igual a la del Tribunal en este caso— aparece sin lugar a dudas que el juzgador no tuvo en cuenta si la demandada tuvo motivos atendibles para cancelar solo media prima anual de servicios, es decir, si actuó de buena fe o, al contrario, sin ella, al abstenerse de cubrirla íntegramente. La citada motivación consiste tan solo en que 'no canceló las sumas correspondientes a las primas de servicio, y, por tanto, se hizo acreedor a la sanción anotada anteriormente por el citado artículo', la que a las claras significa que aplicó automáticamente o mecánicamente esa disposición sin examinar la conducta de la Comunidad demandada, a fin de averiguar hasta donde fue razonable su actitud a ese respecto". De tal manera que resulta evidente la similitud del caso analizado por la H. Corte con el planteado aquí, en donde también se produjo, sin fundamento alguno, la aplicación objetiva de la sanción moratoria. En razón de lo expuesto vengo, pues, a solicitar que se case totalmente el numeral segundo de la sentencia recurrida, para que en su lugar se condene a la parte demandada a pagar el valor de un día de salario por cada día de mora en el pago de todos los derechos laborales, a partir del día en que finalizó el contrato y hasta aquél en que se verifique el pago.

En sede instancia, esta H. Corporación habrá de analizar la mayor o menor mala fe que rodeó el comportamiento patronal para efectos de la imposición de la sanción moratoria, en los términos solicitados".

Se considera

Tiene razón el recurrente en cuanto afirma que el Tribunal Superior aplicó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sin examinar si existió o nó buena fe del patrono demandado al consagrar una suma inferior a la que posteriormente se dedujo en juicio, apartándose así de la jurisprudencia de la Corte que rechaza la aplicación automática del artículo 65 citado. Para el cargo no prospera, por cuanto al entrar la Sala en consideraciones de instancia encontraría que el patrono obró de buena fe al hacer la consignación de la suma de $3.384.90, porque ella surge

nítida de los motivos que expuso al presentar ante el Juzgado el título respectivo: "Primero: Que el señor Gonzalo Sánchez Martínez fue empleado de la sociedad que represento desde el quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969). Segundo: Que en la fecha de su retiro le fueron pagados al mencionado trabajador todos los salarios y prestaciones sociales que la Compañía creyó estar obligada a cancelar y a que el trabajador creyó tener derecho, sin que éste hubiera formulado reclamación alguna por dicho concepto. Tercero: Sin embargo, con fecha dieciocho (18) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972) el trabajador solicitó el reajuste de su salario y de la liquidación de las prestaciones sociales por considerar que, debido a la naturaleza de su cargo de comisionista, no se le habían cancelado correctamente por faltar el pago de dominicales y días feriados. Cuarto: Auto Mundial Ltda. consideré no estar obligada a dicho reajuste y alegó además la prescripción. Quinto: Sin embargo, teniendo en cuenta el concepto que a la petición de algunos de sus trabajadores emitió la Sección de Relaciones Individuales del Ministerio del Trabajo, la sociedad accedió a reconocer el pago de aquellos salarios y prestaciones sobre los cuales no pudiera alegar la prescripción. Sexto: En consecuencia, al hacer el reajuste se tuvo en cuenta lo dispuesto por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y 151 del Código de Procedimiento Laboral sobre prescripción de las acciones correspondientes a los derechos regulados por la legislación laboral. Séptimo: El trabajador se ha negado a recibir las sumas prescritas que por dicho reajuste pudieran corresponderle".

Actúa de buena fe el patrono que después de varios años de finalizado el contrato recibe una solicitud del trabajador para que se le paguen el valor de descansos dominicales y el correspondiente reajuste y consigna a su favor, por no haber llegado a un acuerdo sobre el monto de lo debido, la suma que de buena fe consideró deber, colocándose así dentro del hecho exonerativo a que se refiere el inciso 2º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Ante estas consideraciones sería inoficioso casar la sentencia por la cual el cargo no prospera.

Se estudiará a continuación los cargos segundo y tercero de la demanda del patrono recurrente.

Segundo cargo

Acuso la sentencia por vía directa e interpretatación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; El sentenciador al aplicar en forma mecánica o automática el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sin estudiar la existencia del elemento buena o mala fe en la conducta de la sociedad demandada y con respecto al pago efectuado por consignación, dio a la norma acusada un sentido distinto al que ella tiene y por lo tanto incurrió en interpretación errónea de dicha norma. Esa Corporación en reiterada jurisprudencias ha fijado el sentido exacto del artículo 65 del Código indicando que por consistir ella una pena o sanción, no es 'jurídicamente posible imponerla automáticamente, es decir prescindiendo de la buena o mala fe en la conducta del patrono frente a su trabajador, y cuando se prescinde por el sentenciador de segunda instancia de estudiar la conducta de la demandada para ver si fue atendible o no la razón que tuvo para dejar de pagar algunas acreencias laborales, se le da un sentido distinto al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y por ende se incurre en interpretación errónea de la norma citada.' En el caso de autos el sentenciador de segunda instancia para imponer la indemnización moratoria sólo razonó así: 'Se ha visto que en la sub lite está demostrado que el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó el 15 de marzo de 1969, sin embargo, la demandada sólo consignó lo correspondiente a días feriados y reajustes de prestaciones el 13 de junio de 1972 vale decir, que a los tres años, dos meses veintiocho días de haber finalizado dicho contrato; por consecuencia, es del caso darle aplicación a la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la mora anotada y no justificada en el proceso.....'. Se puede observar claramente que no estudió el elemento buena o mala fe que tuvo mi representada para no consignar los descansos dominicales y festivos y al reajuste de cesantía sino a los tres años dos meses y

veintiocho días de haber terminado el contrato de trabajo, sino que como ya dije se aplicó la condena por indemnización moratoria en forma mecánica contradiciendo el sentido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El cargo en la forma planteada ha sido acogido por esa Honorable Corte en varias sentencias tales como la de CECILIA FLOREZ DE SALCEDO contra Hijas de la Sabiduría. Víctor M. Espinel Blanco contra la Universidad de Pamplona, JORGE GUZMAN BRETON contra BAVARIA, las razones expuestas serán suficientes para que la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia en cuanto interpretó erróneamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y convertida en Tribunal de Instancia absuelva a mi representada de la indemnización moratoria a que fue condenada, por encontrar probada plenamente el elemento buena fe en la consignación de los descansos dominicales y festivos y los reajustes de prestaciones sociales tres años dos meses veintiocho días después de haber terminado el contrato de trabajo".

Para el opositor el ad quem siguió un criterio objetivo para imponer la sanción a la parte demandada, por cuanto se sanciona el retardo en el pago de lo no debido.

Se considera

Dijo el fallador de segunda instancia sobre la condena por indemnización moratoria:

"Se ha visto que en la sub lite está demostrado que el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó el 15 de marzo de 1969, sin embargo, la demandada sólo consignó lo correspondiente a días feriados y reajustes de prestaciones el 13 de junio de 1972, vale decir, a los tres días, dos meses y veintiocho días de haber finalizado dicho contrato; por consecuencia, es del caso darle aplicación a la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la mora anotada y no justificada en el proceso, la cual equivale a la cantidad de $345.844.80, teniendo en cuenta que el salario promedio mensual devengado por el trabajador fue de $8.883.15. Habrá, por tanto, de revocarse lo decidido por el a quo al respecto para en su lugar condenar a la demandada a pagarle al actor la mencionada cantidad de dinero por concepto de indemnización moratoria".

Claramente se observa de lo transcrito que el Tribunal Superior no hizo consideración alguna sobre si el patrono obró de buena fe al no pagar el valor del descanso dominical a la terminación del contrato de trabajo. En consecuencia aplicó automáticamente la norma, contrariando así la jurisprudencia de esta Corporación. No se trata, como lo dice el opositor de que el Tribunal objetivamente mencionó el retardo en hacer la consignación por lo cual limitó la sanción moratoria hasta la fecha en que se hizo, sino de que se condenó al patrono a pagar la indemnización por mora sin que hubiese investigado si a la terminación del contrato tenía motivos para no pagar lo que se le reclama judicialmente. El cargo prospera y la sentencia se casará en lo pertinente.

No se estudia el cargo tercero que se hace a través de errores de hecho, porque persigue lo mismo y el examen de las pruebas allí relacionadas se hará en las consideraciones de instancia, por lo cual en uno u otro caso se llegaría a la misma conclusión.

Consideraciones de instancia

Auto Mundial Ltda., pagó a Gonzalo Sánchez Martínez las prestaciones sociales el 25 de marzo de 1969, folio 35, sin que el trabajador hiciera objeción alguna y por el contrario mostró su conformidad con esa liquidación. Esta posición del trabajador era suficiente para que el patrono consideraba que nada debía, máxime si se habría pactado un salario fijo mensual y unas comisiones pagaderas mensualmente, que bien podía surgir el convencimiento, que el valor del descanso dominical se encontraba incluido en la remuneración mensual, considerando además que durante la relación laboral no hizo reclamo alguno el trabajador.

Faltando dos meses escasos para que la acción prescribiera, el trabajador reclamó el 18 de enero de 1972 el valor de los descansos dominicales. Las partes discutieron sobre el derecho reclamado por el trabajador, como se acredita con la carta

de abril 29 de 1972 (folio 17) dirigida por Gonzalo Sánchez a Auto Mundial Ltda., en la cual le dice que la liquidación que le presentó no corresponde a sus derechos. Esta carta fue contestada el 9 de mayo de 1972 (fl. 32) en la cual el señor Jorge Esguerra le informa a Gonzalo Sánchez que como no están de acuerdo sobre la liquidación, cree aconsejable que Sánchez efectúe una citación en la Inspección del Trabajo, donde concurría ante el funcionario competente sobre el asunto. Es decir, que ante la discrepancia de criterios, Auto Mundial Ltda., plantea la posibilidad de una conciliación. Por último el 16 de junio de 1972, folios: 24 y 89, Auto Mundial Ltda., consignó en un Juzgado Laboral lo que creía deber, por haberse negado el trabajador a recibir el pago respectivo.

El relato de los hechos anteriores demuestra que Auto Mundial obró de buena fe no sólo a la terminación del contrato de trabajo, sino también con posterioridad a la fecha en que recibió el reclamo por escrito del trabajador. En consecuencia se confirmará la decisión del Juez de Primera instancia que absolvió a Auto Mundial Ltda., de la petición sobre indemnización moratoria.

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 en cuanto, revocando la absolución del a quo, condenó a Auto Mundial Ltda., a pagar a Gonzalo Sánchez M., la suma de trescientos cuarenta y cinco mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con 80/100 ($345.844.80) m. l., por indemnización moratoria, y en sede de instancia CONFIRMA la absolución impartida por el a quo por dicho concepto. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Justa causa

Disminución o rebaja en el salario del trabajador

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5862).

(Acta Nº 19).

En el juicio labarol propuesto por Ciro Saúl Osuna García contra la firma "Transportes Expreso Palmira S. A.", mediante fallo del 29 de septiembre de 1976 el Tribunal Superior de Ibagué mantuvo el de la primera instancia, que condenaba a la empresa a pagarle al señor Osuna García viáticos, cesantía, compensación monetaria de vacaciones no disfrutadas en tiempo e indemnizaciones por despido injusto y moratoria.

Con el propósito de obtener que se infirme aquel fallo en cuanto confirmó las condenas por concepto de viáticos y de indemnizaciones moratoria y por despido ilegítimo, que se revoquen luego tales condenas hechas en la primera instancia y se la absuelva finalmente de esas pretensiones del actor, Expreso Palmira recurre en casación y presenta tres cargos en su demanda (folios 11 a 33 de este cuaderno) que merecieron réplica de la contraparte. (fls. 38 a 42 ibídem).

Conviene analizar ahora el mérito de la acusación:

Primer cargo

Fue planteado así: "La sentencia recurrida es violatoria, en forma indirecta de la ley sustancial, mediante aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras.

"El ad quem aplicó indebidamente al caso concreto de autos el Decreto 2351 de 1965, artículo 8º numerales 1º, 2º y 4º letras a) y b), en concordancia con los artículos 3º, 23, 24, 27, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, y 37 del Decreto 2351 de 1965 (El Decreto 2351 de 1965 fue adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968) y artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, como medio.

"Como consecuencia de esa indebida aplicación dejó de aplicar el Decreto 2351 de 1965 artículo 7º inciso 1º, numeral 4º en concordancia con los artículos 58 (numerales 1º y 5º), 60 (numeral 5º) del Código Sustantivo del Trabajo.

"El error consistió en no dar por demostrado, estándolo, que el trabajador incurrió en una causa que es justa para dar por terminado el contrato de trabajo".

Al hacer la demostración del cargo, el recurrente dice que en ese error de hecho incurrió el sentenciador porque dejó de apreciar la carta de retiro que obra al folio 13 del cuaderno primero y los descargos del trabajador Osuna, que obran al folio 57 bis y porque apreció equivocadamente el acta del 14 de enero de 1974 del Comité Obrero Patronal, relacionada con el despido de dicho señor.

Transcribe el cargo varios pasajes del fallo acusado donde se dice que el despido de Osuna aparece comprobado con aquella acta del Comité Obrero Patronal, cuyos integrantes declaran que no tuvieron conocimiento personal y directo de las faltas imputadas a dicho trabajador, de lo

cual deduce el Tribunal que la justa causa del despido del actor no fue demostrada y, por ello, procede disponer que se le indemnice por la ruptura del contrato de trabajo.

Transcribe también la carta de retiro y, en lo pertinente, el acta del aludido Comité, que tiene como prueba mal apreciada, y continúa la impugnación así:

"Es objetivo en consecuencia que, el Tribunal apreció erradamente está mencionada acta por varios aspectos:

"Porque dice textualmente que, '... El despido se encuentra plenamente demostrado con el Acta Nº 02 A de 14 de enero de 1974, del Comité Obrero Patronal, y además con la contestación de la demanda...' (se subraya).

"Es decir que, confunde la autorización dada por el Comité Obrero Patronal para la cancelación del contrato al señor Osuna, con el despido mismo, el cual fue comunicado al trabajador por la Empresa con nota que aparece al folio 13 del cuaderno Nº 1, antes indicada textualmente, despido en el cual se señala como causa la negligencia del señor Osuna en el desempeño de sus funciones.

"Y lo que es más grave como error que aparece de bulto, es que puntualiza el ad quem que, '...lo afirmado en dicha acta, solamente es la enumeración de los hechos o motivos que llevaron al despido, mas nunca la demostración de la causal invocada...'. Flagrante equivocación esta por cuanto como se advierte en el acta, los integrantes del Comité Obrero Patronal para fundamentar su decisión, tuvieron en cuenta, naturalmente como pruebas: El recibo fechado en Bugalagrande el 2 de enero del año que cita, que acredita que el señor Osuna compró unas abrazaderas; la citación para descargos y la diligencia de descargos, en la cual según el Comité, el señor Osuna manifiesta que es cierto que el 'Servi-Centro' de Uribe estuvo paralizado por más de quince días, y que los buses tenían que 'tanquear' en Tuluá, de donde deducen la negligencia en que incurrió Osuna. (Se subraya).

"Es cierto, esa acta no contiene una enumeración de hechos como lo afirma el Tribunal sino una relación de pruebas fundamentales de la determinación del Comité Obrero Patronal.

"Pero no es esto sólo, sino que como está visto el Comité Obrero Patronal hace relación a los descargos presentados por el señor Osuna, descargos que no fueron tenidos en cuenta en absoluto por el ad quem y que figuran al folio 57 (bis) y que dicen:

"... Hoy, 4 de enero de 1974, a la oficina de Personal de TRANSPORTES EXPRESO PALMIRA S. A., compareció el señor CIRO SAUL OSUNA, asesorado por los señores VICTOR JULIO TORRES Y FERNANDO FLOREZ, representantes del sindicato al cual está afiliado, con el fin de hacer descargos de acuerdo con el siguiente interrogatorio: Sabe las causas por las cuales ha sido llamado a descargos? CONTESTO: No señor, no se 'PREGUNTADO: El servicio que la Empresa tiene establecido en Uribe para abastecer de gasolina a los carros de la Empresa, viene dañado, por tal causa usted envía a los motoristas a tanquear a Tuluá'. Díganos desde cuándo viene dañado y cuáles las causas CONTESTO: 'El servicio viene dañado desde el 20 de diciembre pasado, si mal no recuerdo, pero yo mande una nota a don GUILLERMO BAENA desde el 18 si mal no recuerdo. La causa del daño es que la manguera está rota, inclusive está toda porosa y está rota en el empate de la pistola, y además, le sale gasolina por todas partes, esa es la causa del daño.'

"PREGUNTADO: Cómo explica usted que el servicentro fue arreglado con solo dos abrazaderas que constaron DIEZ Y OCHO PESOS y usted haya tenido paralizado el servicio por más de 15 días? CONTESTO: 'Yo mismo le puse las abrazaderas el miércoles pasado, 2 de los corrientes, pero con esto en ningún momento quedó arreglado el servicio, porque es la manguera la que no sirve, siguió botando gasolina por toda la manguera, es decir que actualmente no se puede despachar gasolina porque es más la gasolina que se riega que la que se le echa a los carros. Es decir, que a pesar de yo haberle puesto las abrazaderas, el daño continuó y es imposible tanquear los carros allí.'

"No obstante que el señor Osuna trató de eludir su responsabilidad por negligen-

cia, acepta que el daño data desde el 20 de diciembre y aún cuando dice que él mandó una nota al señor Guillermo Baena desde el 18, no puede entenderse que en ella hubiera avisado o comunicado lo del daño, puesto que no podría decir el 18 que el daño iba a ocurrir el 20. Y si desde el 20 de diciembre dejó transcurrir el tiempo para acudir a Bugalagrande a comprar las abrazaderas el 2 de enero, para tratar de arreglar el daño, la negligencia es palpable. Y si la manguera estaba toda porosa y era más la gasolina que se perdía que la que se suministraba a los automotores, acusa negligencia y descuido comprar unas abrazaderas para tratar de solucionar el problema. Acepta pues el trabajador que era imposible suministrar combustible allí en forma correcta.

"De forma que esta prueba ignorada por el ad quem sí fue considerada por el Comité Obrero Patronal, junto con el recibo que acreditó la compra tardía de las abrazaderas, demuestra la grave negligencia en que incurrió el señor Osuna, al permitir tanto tiempo el estado de deterioro de una manguera por cuyo conducto se vertía gasolina.

"Si el ad quem hubiera tenido en cuenta esta prueba y así mismo estimado correctamente el acta del Comité Obrero Patronal, habría llegado a la inevitable conclusión de que está demostrada la causa del despido y que por ello éste fue justo y no habría condenado a indemnización por este aspecto".

Finalmente afirma el cargo que el sentenciador erró al apreciar la convención colectiva de trabajo suscrita por la empresa y su sindicato, cuando dijo que lo resuelto por el comité obrero patronal establecido convencionalmente para decidir sobre sanciones o despido de trabajadores podía ser revisado por la justicia laboral, pues a ese respecto sostiene el recurrente que la decisión del Comité era de obligatorio cumplimiento para las partes y, en el caso sub judice, al autorizarse el despido de Osuna García por ese organismo, vino a quedar indiscutiblemente demostrada la justa causa para hacerlo.

Se considera

Con la lectura de la carta que obra al folio 13 del cuaderno primero, queda en claro que la empresa adujo como causal para despedir al señor Osuna García que había incurrido en negligencia en el ejercicio de sus funciones, causal que fue examinada y calificada como procedente por el Comité Obrero Patronal establecido convencionalmente, según aparece del acta que obra de folios 54 a 57 del mismo cuaderno. Esa negligencia queda patente con las respuestas del trabajador que figuran en el escrito del folio 57 bis, que no fue tachado de falso en el curso de las instancias y que, en lo pertinente, reza así:

"PREGUNTADO: Sabe las causas por las cuales ha sido llamado a descargos?

CONTESTO: "No señor, no se"

PREGUNTADO: El servicentro que la Empresa tiene establecido en Uribe para abastecer de gasolina a los carros de la Empresa viene dañado, por tal causa usted envía a los motoristas a tanquear a Tuluá. Díganos desde cuando viene dañado y cuales las causas? CONTESTO: "El servicentro viene dañado desde el 20 de diciembre pasado, si mal no recuerdo, pero yo mande una nota a don GUILLERMO BAENA desde el 18 si mal no recuerdo. La causa del daño es que la manguera está rota, inclusive está toda porosa y está rota en el empate de la pistola, y además, le sale gasolina por todas partes, esa es la causa del daño".

PREGUNTADO: Cómo explica usted que el servicentro fue arreglado con solo dos abrazaderas que costaron DIEZ Y OCHO PESOS y usted haya tenido paralizado el servicio por más de 15 días? CONTESTO: "Yo mismo le puse las abrazaderas el miércoles pasado, 2 de los corrientes, pero con esto en ningún momento quedó arreglado el servicio, porque es la manguera la que no sirve, siguió botando gasolina por toda la manguera, es decir que actualmente no se puede despachar gasolina porque es más la gasolina que se riega que la que se le echa a los carros. Es decir, que a pesar de yo haberle puesto las abrazaderas, el daño continuó y es imposible tanquear los carros allí". (Las mayúsculas son del recurrente).

Del análisis de estas tres pruebas invocadas en el cargo, queda en evidencia que la empresa sí tuvo justa causa para prescindir de los servicios del señor Osuna y, por ende, que el Tribunal erró de hecho

cuando calificó como ilegítimo el despido, con la consecuencia violación de los preceptos que cita el recurrente. Prospera el cargo entonces con las consecuencias que se determinarán más adelante.

Solo resta mencionar que la convención colectiva de trabajo, que el cargo reputa mal estimada, establece apenas un procedimiento previo que debe cumplirse para la sanción o el despido de trabajadores del Expreso, pero las estipulaciones pertinentes no tienen el alcance de una cláusula compromisoria que llegara a sustraer del ámbito de la justicia ordinaria el conocimiento y decisión de los litigios que, como el presente, llegaran a plantearse respecto del despido o la sanción de servidores de dicha empresa, como parecería que lo entendiera el cargo.

Segundo cargo

Su planteamiento reza textualmente: "La sentencia recurrida es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, mediante aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de unas pruebas.

"El ad quem aplicó indebidamente al caso de autos los artículos 132, 130, 50, 59 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con los artículos 3, 23, 24, 27, 57 ordinal 4º del mismo Código, y además aplicó también en forma indebida el Art. 65 ibídem en concordancia con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo.

"El error consistió en haber considerado como verdad que el trabajador tácitamente convino en la disminución de su salario mediante la supresión de los viáticos integrantes anteriormente del mismo, y sin embargo haber condenado al pago de ellos, al confirmar el fallo de a quo.

"En no dar por demostrado estándolo, que el trabajador aceptó sin haber formulado reclamo alguno, esa disminución del salario (viáticos) desde el 9 de noviembre de 1973, hasta la fecha del despido, 6 de febrero de 1974.

"En haber dado por demostrado sin estarlo, que el trabajador reclamó contra esa supresión de viáticos integrantes de salario, y

"En haber concluido en forma errónea que el no pago de esos viáticos daba lugar al reconocimiento de indemnización moratoria. "(Las subrayas son del recurrente).

Dichos errores los deriva el cargo de una mala apreciación de la nota de traslado del señor Osuna a la oficina del Expreso en Uribe (fl. 15, Cdno. 1º), de la carta de despido (fl. 13 ibídem) y de la demanda, "en cuanto precisa que el promotor del juicio permaneció en ese cargo de la oficina de Uribe desde el 9 de noviembre de 1973 hasta el 6 de febrero de 1974", según frase textual del cargo.

Copia el recurrente varios párrafos de la sentencia acusada y continúa la impugnación así:

"De la simple lectura de los aapartes antes transcritos, de la sentencia acusada, salta a la vita el error cometido por el Tribunal al emitir conceptos contradictorios que dificultan el ataque en casación, pues dentro de un mismo párrafo puntualiza que '... el demandante Osuna tácitamente convino en aquella situación de desmejoramiento sobre su salario y sobre los viáticos...', mientras que en la parte final al aceptar los argumentos del a quo dice: 'y tal como lo anota el Juez del conocimiento no puede presumirse su consentimiento en lo que hace referencia a la suspensión de los viáticos.'

"Empero, como tésis general admite el ad quem que el trabajador aceptó esa disminución del salario, por supresión de los viáticos integrantes de él, pues este concepto lo repite en el decurso de la exposición sobre este tema, pero, equivocadamente hace derivar esa aceptación tácita de la situación o circunstancias de inferioridad y de lo que el trabajador dijo en el interrogatorio que absolvió dentro del juicio, lo que hace resaltar objetivamente el error en la apreciación de las pruebas antecitadas, porque de ellas se desprende lógicamente que, si el trabajador aceptó tácitamente ese sueldo mensual de $2.500.00 con la supresión de viáticos que antes integraban su salario, y permaneció todo ese tiempo demostrado con tales pruebas del 9 de noviembre de 1973 al 6 de febrero de 1974, sin presentar expresamente recla-

mo alguno, esa aceptación tácita implica una modificación por ese aspecto al contrato original, modificación entonces aceptada por las partes, y no cabía la confirmación de la condena por esos viáticos.

"Por otra parte, el yerro del Tribunal se agudiza, si se considera que al analizar las manifestaciones hechas por el trabajador en el interrogatorio que absolvió dentro del juicio (fl. 129), da a estas manifestaciones real valor de eliminar el consentimiento tácito, cuando después de aceptar como verdad ese consentimiento a la reducción del salario dice: '.... por lo que anota en el interrogatorio que absolvió, pues expresa que 'fui a hablar con el Jefe de Personal Enrique Gil, pues le hice ver que quedaba desmejorado por tener la familia en el Espinal, me contestaron que tenía que irme o si no que renunciara' (fl. 129) y tal como lo anota el Juez del Conocimiento, no puede presumirse su consentimiento en lo que hace referencia a la suspensión de los viáticos.'

"Es pues evidente que además de errar en la apreciación de las pruebas antes enumeradas, se equivocó en el valor probatorio que le da a esas manifestaciones hechas por el trabajador dentro del juicio, porque las expresiones de inconformidad o rechazo a una disminución del salario deben ser expresamente efectuadas durante la vigencia del contrato y no después de terminada la relación laboral".

Y luego de invocar dos fallos de la Corte sobre el tema que comenta, remata el cargo de esta manera:

"La evidencia de los errores anotados en este cargo son pues objetivos, pero no terminan ahí, porque al tratar la sentencia recurrida acerca de la 'INDEMNIZACION MORATORIA' dice:

"... Analizando detenidamente la situación procesal del patrono, se observa que ciertamente consignó ante un Juzgado de Cali la cantidad de $3.202.50 por concepto de prestaciones sociales, que sumados a los $800.00 de un préstamo hecho al actor y de $300.00 del Fondo Rotatorio de Expreso Palmira —los cuales fueron aceptados por Osuna arrojan la cantidad de $4. 302.50, cantidad que cubre la cesantía y parte de las vacaciones deducidas en la sentencia, quedando insolutos los salarios en especie, esto es, los viáticos por el tiempo que estuvo trabajando en Uribe, o sea la cantidad de $5.220.".

"En estas condiciones, la Sala considera que debe confirmarse la condena que hizo el a quo, en relación a esta petición, porque la consignación no cubrió dichos salarios, y hubo mora sistemática desde el mismo momento en que fue trasladado a Uribe, pues desde la nota de traslado, ya inclusive se cambió lo pactado en el contrato visible al folio 16 del cuaderno Nº 1, o sea el reconocimiento de dichos viáticos y según lo admitió la demandada al contestar el libelo demandatorio desde el 9 de noviembre de 1973 al 6 de febrero de 1974, no le reconoció los viáticos a que tenía derecho contractualmente, esto es, que desde el momento en que se operó el traslado, se quiso vulnerar el contrato al no incluirse los viáticos convenidos, y el hecho de que el trabajador se conformó con tal situación en un momento dado, en manera alguna puede significar que tuviera derecho a ellos, y por consiguiente ha debido cubrirlos en su oportunidad la parte demandada. Por consiguiente, se impone la sanción moratoria". (Se subraya).

"De la simple lectura de esta aberrante conclusión, se desprende que el Tribunal apreció erradamente también para llegar a ello las mismas pruebas ya mencionadas en este cargo, cuyos errores de suyo evidentes ya, que lo llevaron a la condena por viáticos y a la específicamente determinada de pago de sanción moratoria como corolario del no pago de éstos, resalta aún más, cuando no obstante repetir que el trabajador se conformó con la reducción del salario por supresión de viáticos, sin embargo condena además por indemnización moratoria, aplicando indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Como los errores presentados y demostrados a través del cargo, afectan las decisiones de que aquí trata, es por ello por lo que solicito a la H. Sala Laboral de la Corte se sirva casar la sentencia recurrida en cuanto confirmó el fallo del a quo, en lo atinente a condena por pago de viáticos integrantes de salario, e indemnización moratoria por no pago de los mismos, para que en sede de instancia revoque el proferimiento del a quo, por esos idénticos conceptos." (Las subrayas son del recurrente).

Se considera

Ciertamente ha sostenido esta Sala en varias oportunidades, como lo dice el cargo, que cuando se produce merma en el salario del trabajador sin que éste 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 éste.

Y ello es lo que resulta haber acontecido en el asunto sub judice, donde aparece que el demandante fue trasladado por el Expreso Palmira a su oficina de Uribe como cajero, celador y bombero con un sueldo básico de $1.250.00 mensuales y un pago adicional por idéntica suma como remuneración del trabajo suplementario o extraordinario que prestara, o sea sin derecho a los viáticos pactados inicialmente en su contrato escrito de trabajo como jefe de la comisión de chequeo de la empresa.

Esta modificación del salario consta en el documento del folio 15 del cuaderno primero, que el cargo invoca como prueba mal apreciada por el sentenciador y que trae fecha del 29 de octubre de 1973.

A pesar de tal merma salarial, el señor Osuna ocupó el nuevo cargo y continuó en servicio hasta el 6 de febrero de 1974, como surge de los hechos de la demanda (fls. 2 v ibídem) y de la carta de despido que tiene aquella fecha (fl. 13 ibídem), pruebas que el cargo también reputa como erróneamente evaluadas por el Tribunal. Y si a esto se añade que no hubo reclamo del trabajador durante la vigencia del contrato, como lo anota el recurrente, vienen a cumplirse en esta oportunidad los presupuestos de hecho para que sea aplicable la doctrina de la Corte que acabó de mencionarse.

Erró pues de hecho en forma ostensible el sentenciador en la evaluación de las pruebas que el cargo cita y del modo que éste puntualiza. Y vino a violar así de manera indirecta las normas del Código Sustantivo del Trabajo relativas a salarios mencionadas en la impugnación.

Estas mismas reflexiones muestran además que, a través de aquellos yerros de hecho, el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 65 del Código, pues si no era legítimo el cobro de viáticos que formula el demandante Osuna, tampoco puede serlo el de indemnización moratoria derivada de no haberse satisfecho ellos.

Resulta así que este segundo cargo también es procedente y habrá de casarse el fallo recurrido en los aspectos que él abarca.

No será menester analizar el cargo tercero puesto que persigue un fin ya satisfecho con la prosperidad del segundo.

Lo expuesto indica que ha de casarse el fallo recurrido en cuanto mantuvo las condenaciones al pago de indemnización por despido injusto, de viáticos y de indemnización moratoria hechas en el primer grado contra la compañía.

Y para decidir en instancia, las razones expuestas en el estudio de los cargos muestran que deben infirmarse aquellas condenaciones y proveer, en cambio, absolución para Expreso Palmira respecto de tales peticiones del libelo.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto confirmó las condenas hechas contra la firma "Transportes Expreso Palmira S. A.", en la del primer grado por concepto de viáticos e indemnizaciones por despido injusto y moratoria, REVOCA tales condenas y, en su lugar, absuelve a la compañía demandada de las corerspondientes súplicas del libelo.

No casa en lo demás la aludida sentencia.

Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello. José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, SIN COMPROBAR EL PATRONO LA JUSTA CAUSA DEL DESPIDO INVOCADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., abril veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 20).

Rosalba Patiño de Perdomo, mayor, vecina de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a Textiles Nylon S. A., con domicilio en Bogotá, para que se la condene a pagarle lo siguiente:

"Primera: Que la empresa demandada debe a la actora el valor correspondiente a la indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días. (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). Segundo: Que la empresa demadada debe a la actora el valor de los salarios correspondientes a ocho (8) semanas (Art. 239 ibídem). Tercero: Que la empresa demandada debe a la actora el valor de la indemnización por la terminación unilateral, intempestiva e ilegal del contrato de trabajo. Cuarto: Que la empresa demandada debe a la trabajadora el valor de la prima proporcional de servicios. Quinto: Que la empresa demandada debe a la demandante el valor de las vacaciones correspondientes a un año de servicios. Sexto: Que la empresa demandada debe a la parte actora el valor de los salarios correspondientes al tiempo trabajado en el mes de abril de 1970. Séptimo: Que la empresa demandada debe a la parte actora el valor de la indemnización moratoria (salarios caídos). Octavo: Las costas y agencias en derecho del presente juicio.".

Según los hechos de la demanda Rosalba Patiño de Perdomo ingresó al servicio de Textiles Nylon S. A., el 17 de junio de 1953, mediante contrato de trabajo a término indefinido, habiendo terminado la relación laboral el 20 de octubre de 1970 por decisión unilateral y sin justa causa de la sociedad demandada cuando estaba embarazada la trabajadora y sin que se solicitara permiso el Inspector del Trabajo para despedirla. El patrono no canceló a la demandante el valor de la prima proporcional de servicio correspondiente al primer semestre de 1970, ni el valor de las vacaciones a que tenía derecho, ni los sueldos o salarios correspondientes a los días trabajados durante el mes de abril de 1970. El último salario devengado por la señora Patiño de Perdomo fue de $1.003.00 mensuales.

Al contestar la demanda el apoderado de Rosalba Patiño de Perdomo se opuso a todas y cada una de las peticiones ateniéndose, en cuanto a los hechos, a lo que se pruebe en el curso del juicio. Propuso las excepciones de ilegitimidad de personería en la demandada y pago de los derechos realmente causados.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el nueve de marzo de mil novecientos setenta y seis, por medio de la cual absolvió a Textiles Nylon S. A., de los cargos formulados en su contra por Rosalba Patiño de Perdomo.

Apeló la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en fallo de catorce de junio de mil novecientos setenta y seis Confirmó el de primer grado.

Recurrió en casación el apoderado de Rosalba Patiño de Perdomo. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordina-

ria. La parte no recurrente se abstuvo de presentar escrito de réplica.

Alcance de la impugnación

Lo formula el casacionista así: "Con el presente recurso de casación se pretende que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, case totalmente la sentencia de segunda instancia proferida en el presente juicio, la cual confirmó en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juez de Primera instancia en cuya virtud, se absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas demandadas. Que como tribunal de instancia una vez producida la casación revoque en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez de primera instancia y en su reemplazo haga las siguientes o similares declaraciones y condenas: Primera. Que la empresa demandada de manera unilateral, intempestiva y sin mediar justa causa dio por terminado el contrato de trabajo con la actora. Segunda. Que cuando se produjo el despido la actora se encontraba en estado de embarazo. Tercera. Que como consecuencia de lo anterior la demandada debe a la actora el valor correspondiente a la indemnización equivalente a los salarios de 60 días. Cuarta. Que la demandada debe a la actora el valor de los salarios correspondientes a 8 semanas. Quinta. Que la empresa demandada debe a la actora el valor de la indemnización por la terminación unilateral, intempestiva e ilegal del contrato de trabajo. Sexta. Que la empresa demandada debe a la actora el valor de la indemnización moratoria, al no habérsele cancelado las sumas correspondientes a los salarios originados en el hecho del embarazo".

Con fundamento a la causal primera de casación el impugnador formula el siguiente:

Cargo único

"Acuso la sentencia recurrida de violación indirecta por aplicación indebida a través de errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas, de los artículos 7º y 8º en sus numerales 6º y 4º respectivamente, del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, artículos 239, 240, 241 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado este último por el artículo 8º del Decreto 13 de 1967; artículos 243, 58, 60 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Además se violó como infracción de medio el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, según se precisará en el desarrollo del cargo. Los errores de hecho son los siguientes: Primero. Dar por demostrado, sin estarlo, que Rosalba Patiño de Perdomo incumplió gravemente la prohibición de faltar al trabajo sin justa causa los días 13 y 16 últimos y en otras oportunidades sin justificación. Segundo. Dar por demostrado, sin estarlo, que el patrono terminó unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa, y en no dar por demostrado, estándolo, que la terminación unilateral del contrato de trabajo se produjo sin justa causa. Tercero. No dar por demostrado, estándolo, que cuando se produjo el despido, la parte patronal ya había sido informada del estado de embarazo de la trabajadora. Las pruebas erróneamente apreciadas, son: a) La carta de despido de fls. 6 a 7 del cuaderno Nº 1. b) El certificado médico suscrito por el Jefe de los Servicios Obstétricos del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de fl. 9 del cuaderno Nº 1. c) El acta de conciliación Nº 46 de la Inspección Cuarta de la Oficina Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca de fls. 10 a 11 del Cdno. Nº 1). d) Documento del fl. 65 contestivo de una acusación de la empresa a la trabajadora. e) Documentos de fls. 66 a 72 relativos a otras acusaciones de la empresa a la trabajadora. Demostración: El ad quem en la sentencia recurrida dio crédito a las causas esgrimidas como justas por la empresa, para la terminación de manera unilateral del contrato de trabajo mediante las expresiones del siguiente tenor: 'Con la documental de fl. 65, copia de la carta dirigida a la extrabajadora el 19 de octubre de 1970 y suscrita por ésta, se acredita la inasistencia al trabajo durante los días 13 y 16 del mes de octubre de 1970, sin permiso previo o excusa justificada. Las notas que obran a fls. 66 a 72 acreditan otras faltas de asistencia al trabajo en igualdad de condiciones. En parte alguna del proceso se encuentra el acta de descargos de la trabajadora y otra

prueba que demuestre la justificación ante la empresa de la falta al trabajo durante los días 13 y 16 de octubre de 1970 a que se refiere la nota de fl. 65'. Esos, pues, los razonamientos que llevaron al sentenciador a dar por demostrados las justas causas invocadas por la empresa. Seguidamente el ad quem hizo la exégesis del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo para concluir en que esa norma 'que sirve de soporte jurídico a las súplicas de la actora, consagra, ciertamente, la presunción de que el despido se ha efectuado por causa de embarazo o lactancia cuando éste ha ocurrido dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin mediar autorización oficial'. Que, continúa el Tribunal, 'esta presunción que favorece altamente a la trabajadora, es, sin embargo de carácter legal y por tanto desvirtuable: De lo demás, sigue el sentenciador, 'como lo ha dicho la doctrina y reiterado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, prohijada constantemente por este Tribunal, la referida presunción opera sobre la base de la demostración del estado de embarazo de la trabajadora y del conocimiento del mismo por parte del patrono'. Y, para el sentenciador, del acta de conciliación de fls. 10 a 11 'no se puede llegar a la conclusión de que el patrono tuviese conocimiento del embarazo'. Del análisis de las pruebas apreciadas por el Tribunal concluyó en dar por demostrado una serie de hechos sin existencia, incurriendo de esa manera en los errores de hecho indicados, debido a que al apreciarlos, especialmente el documento de fl. 65, le asignó un alcance probatorio del que realmente es ayuno. En efecto, el referido documento se circunscribe a formularle a la trabajadora la acusación de no haber concurrido al trabajo en los días 13 y 16 de octubre de 1970. Pero dicha acusación no fue aceptada por la trabajadora, pues si bien es cierto que en la nota de cargos aparece su firma también lo es que ella no se estampó en señal de aceptación del contenido del cargo que se le hace, sino como atestación de haberlo recibido. Resulta, en consecuencia, pues, que la prueba apreciada por el ad quem como demostrativa de la inasistencia de la trabajadora en los días 13 y 16 de octubre de 1970 predicándose lo mismo de los documentos de fls. 66 a 72, carecen de los alcances que les ha asignado el sentenciador como demostrativos de la inasistencia de la trabajadora en los días indicados, contrariando por lo tanto el principio de que nadie puede crearse su propia prueba, como resultaría en el caso donde los documentos previenen de la empresa demandada sin la aceptación en su contenido por parte de la persona a quien pretenden oponérsele como prueba. Esos errores indujeron al sentenciador a apreciar equivocadamente la carta de despido de fls. 6 a 7, en cuanto que de ella dedujo y por razón de los documentos de fls. 65 a 72 que existían justas causas para la terminación del contrato, concretamente por la inasistencia al trabajo por la demandante. Establecido el error del sentenciador al apreciar las pruebas analizadas, incurrió en el ostensible error de hecho de dar por demostrado, que el despido de la trabajadora se produjo con justa causa con el consiguiente quebrantamiento por aplicación indebida de los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y de los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, concretada en la absolución del cargo de terminación injusta del contrato de trabajo y en la absolución también al pago de la indemnización por la terminación ilegal del contrato de trabajo. Sin esos errores de hecho originados en la equivocada apreciación de las pruebas analizadas, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá hubiera procedido a declarar la ilegalidad del despido con la consiguiente condena al pago de la indemnización. También incurrió el Tribunal en el error de hecho de no dar por demostrado que el patrono al momento de operarse el despido, había sido informado del estado de embarazo de la trabajadora y en tal sentido, aplicó indebidamente los artículos 239, 240, 241 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado este último por el artículo 8º del Decreto 13 de 1967 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque se equivocó al apreciar el documento de fls. 10 a 11 del cuaderno Nº 1, relativo al acta de conciliación entre las partes. El ad quem en la exégesis de las disposiciones legales de protección a la maternidad y de la presunción consagrada en el artículo 239 del Estatuto Sustantivo del Trabajo resaltó

que la operancia de tal presunción se encuentra condicionada al conocimiento del patrono respecto al embarazo de la trabajadora. En desarrollo de tal interpretación apreció que el acta de conciliciación o que del acta de conciliación no se podía llegar a la conclusión de que el patrono tuviese conocimiento del embarazo de la trabajadora. Dado por probado el hecho del embarazo según documento de fl. 9, el despido sin las justas causas invocadas, aparecen acreditados los supuestos de hecho en que se funda la presunción del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto quiere decir que la presunción o la prueba en contrario de la misma, está a cargo de la empresa a la que le correspondía probar que el despido no se operó por razón del embarazo. Entonces, al relevar el Honorable Tribunal a la empresa de la obligación de destruir la presunción, violó como infracción de medio el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil, porque, acreditados los supuestos de hecho indicados en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo no dio por demostrado, estándolo, que la parte patronal cuando se operó el despido, tenía conocimiento del embarazo de la trabajadora, cuando ese conocimiento se reforzó con el documento de fls. 10 a 11 referentes al acta de conciliación. La presunción y su aplicabilidad a la actora está reforzada con el ameritado documento en consideración a que, cuando la representante del sindicato manifestó ante el Inspector del Trabajo que: 'el 20 de octubre de 1970 fue despedida encontrándose en estado de embarazo..... que a pesar del comprobante médico le dijeron en la empresa que era una mentira de nuestra compañera en cuanto a su embarazo y no la dejaron hablar..... el representante legal de la empresa, sin negar la aseveración de la representante obrera, aceptó: 'ser cierto que el suscrito como Director de Relaciones Industriales de la empresa aquí requerida, habiendo tenido conocimiento de los descargos presentados por la reclamante en previa diligencia y que éstos, en modo alguno sirvieron para justificar su ausencia del trabajo'. La exposición de la representante obrera dice que en las diligencias de descargos se informó del embarazo de la demandante, como justificación para no haber concurrido al trabajo, y el representante legal de la empresa, a su turno, aceptó 'haber tenido conocimiento de los descargos, sin reparo, sin cuestionamiento ni desmentimiento de este aspecto que se dice en el documento fueron planteados en la diligencia de descargos. Tiénese, entonces, que la empresa, a través de su representante sí tuvo conocimiento del estado de embarazo o del aviso del estado de embarazo de la trabajadora, al momento de la diligencia de descargos. Indica lo anterior, que el sentenciador no apreció la esencia del documento relativo al acta de conciliación, especialmente en el aspecto de no haberse replicado las pertinentes afirmaciones de la representante obrera, y, por el contrario con la aceptación del hecho de haberse realizado la diligencia de descargo. Entonces, el error en la apreciación de esa prueba afectó el pago de los derechos consagrados en las disposiciones protectoras de la maternidad indicadas en el cargo, así como el pago de las sumas indemnizatorias originarias en el embarazo y parto con la consiguiente violación del artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, siendo procedente su aplicación para la imposición de tal condena. Sin los errores de hecho originados en la errónea apreciación del acta de conciliación de fls. 10 a 11, se hubiera declarado por el Honorable Tribunal que al momento del despido, la empresa tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora y por lo consiguiente hubiera procedido a la imposición de las condenas demandadas".

Sobre la comprobación de la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo dijo el Tribunal Superior:

"Con la documental de folio 65, copia de la nota dirigida a la extrabajadora el 19 de octubre de 1970 y suscrita por ésta, se acredita la inasistencia al trabajo durante los días 13 y 16 del mes de octubre de 1970, sin permiso previo o excusa justificada. Las notas que obran de folios 66 a 72 acreditan otras faltas de asistencia al trabajo en igual de condiciones. En parte alguna del proceso se encuentra el Acta de descargos de la trabajadora u otra prueba que demuestre la justificación ante la empresa de la falta al trabajo du-

rante los días 13 y 16 de octubre de 1970 a que se refiere la nota de folio 65".

Se considera

El documento de folio 65 copia de una carta dirigida el 19 de octubre de 1970 por el Jefe de Relaciones Industriales de la entidad demandada a Rosalba Patiño de Perdomo, con el siguiente contenido:

"Ref: Aviso sobre posible sanción disciplinaria por inasistencia al trabajo en forma injustificada. Usted no se presentó a trabajo durante los días 13 y 16 de octubre de 1970, sin permiso previo o excusa justificada. Al respecto nos permitimos solicitarle se sirva presentarse en el día de mañana, a las 9 a. m., junto con 2 representantes del Sindicato, al Departamento de Relaciones Industriales, a fin de escuchar y analizar sus descargos."

Este documento tiene la firma de Rosalba Patiño de Perdomo después de la palabra "recibí".

Los documentos que obran a folios 66 a 72 son copias de notas dirigidas por el Jefe de Relaciones Industriales de Textiles Nylon S. A., a la demandante que contienen llamados de atención sobre ausencias de la última al trabajo y sobre la imposición de una sanción consistente en suspensión de ocho días.

Estos documentos acreditan únicamente que se le avisó a la demandante que había incurrido en faltas, pero no demuestran la comisión de las mismas. Y esta prueba no se deduce del hecho de haberlos recibido la demandada, porque el recibo de las mismas no implica la aceptación de las faltas que se le imputan a la destinataria; ni tampoco aparece demostrada la falta porque la demandada no hubiese presentado descargos o pruebas que las desvirtúen, pues la justificación del despido corresponde al patrono y no al trabajador, quien solo debe probar el despido, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia.

Concluir en forma contraria significaría que una persona puede conformar la prueba de hechos que la favorecen con la simple enunciación de las mismas en misiva dirigida a la contraparte.

Surge por lo tanto en forma evidente el error de hecho del sentenciador al dar por demostrado que la demandante incurrió en las faltas que le imputa Textiles Nylon S. A., prosperando el cargo en este aspecto.

En relación con el error de hecho que se le atribuye al fallador de segunda instancia consistente en no dar por demostrado que cuando se produjo el despido el patrono había sido informado del estado de embarazo de la trabajadora, el recurrente lo fundamenta en la errónea apreciación del acto de conciliación celebrado en la Inspección del Trabajo el diez de noviembre de mil novecientos setenta. Al examinar la Sala dicho documento encuentra que no fue apreciado erróneamente por el Tribunal Superior, pues quien actuó como representante de Textiles Nylon S. A., no aceptó que su representada tuviera conocimiento del embarazo de la demandante, y por el contrario, expresamente niega tal hecho al decir: "Cuando la empresa a cuyo nombre actuó tomó esta determinación, ignoraba de buena fe, desde luego, que la extrabajadora se encontrara en estado de gravidez y grande fue mi sorpresa cuando con posterioridad se presentó a denunciar ese estado".

Y en cuanto a la manifestación hecha por la representante del Sindicato en la audiencia de conciliación, proveniendo el documento de un tercero ha debido ratificarse mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos y así poder estimarse, conforme a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, lo que no se hizo. No es por lo tanto documento auténtico que pueda examinarse por la Corte para determinar si por su apreciación errónea se incurrió en manifiesto error de hecho, dadas las limitaciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969. No se ha demostrado por el recurrente el error anotado y en consecuencia no prospera la acusación en este aspecto.

Consideraciones de instancia

No habiéndose probado la justa causa del despido invocado por Textiles Nylon S. A., para despedir a Rosalba Patiño de Perdomo, ésta tiene derecho a que se la indemnice en los términos del inciso 4º letra c) del artículo 8º del Decreto 2351 de

1965, por haber prestado sus servicios por más de cinco años y menos de diez, según aparece del documento de folio 94 presentado por la sociedad demandada, que coincide además con lo afirmado en los hechos 1º y 2º de la demanda, y según los cuales, documentos y hechos, Rosalba Patiño de Perdomo ingresó a la empresa el 17 de junio de 1963 y fue retirada el 20 de octubre de 1970, o sea durante siete años (7) cuatro (4) meses, cuatro (4) días. En el mismo documento aparece que su último sueldo fue de $1.003.00 mensuales, confirmado por el hecho 7º de la demanda. Haciendo las operaciones aritméticas con los factores anotados, se obtiene un resultado de $5.746.82 que es el valor de la indemnización por despido y a cuyo pago se condenará a la sociedad demandada. Se toma el 100% de la indemnización por no haberse demostrado en el juicio que el capital de la demandada es inferior a $3. 500.000.00.

No se accede a las otras peticiones de la demanda relacionadas con el despido de la trabajadora en estado de embarazo, por cuanto no prosperó el cargo en este aspecto. Y respecto a la indemnización por mora, como la única condena que se impone es la de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, no procede de acuerdo con los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las costas de la primera instancia serán de cargo de la demandada en un 50%, por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda.

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 catorce de junio de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en cuanto confirma la absolución del fallo de primer grado por la petición de indemnización proveniente de la terminación unilateral sin justa causa por parte del patrono del contrato de trabajo, y en sede de instancia revoca dicha absolución y en su lugar CONDENA a Textiles Nylon S. A., domiciliada en Bogotá, a pagar a ROSALBA PATIÑO DE PERDOMO la suma de cinco mil setecientos cuarenta y seis pesos con 82/100 por concepto de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo. Costas de la primera instancia en un cincuenta por ciento (50%) a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda, ni en el recurso extraordinario.

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

Jerónimo Argáez Castello. José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo cinco de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5690).

(Acta Nº 21).

En el juicio laboral que controvierten los señores Jorge E. Rueda Vargas y Carlos J. Ospina Rubio, ambos interpusieron casación contra la sentencia pronunciada el 30 de junio de 1976 por el Tribunal Superior de Bucaramanga para confirmar la del Juez Primero Laboral de esa ciudad, que había condenado al señor Ospina a pagarle al señor Rueda cesantía, compensación monetaria de vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria y lo había absuelto de las demás súplicas del libelo.

El demandante aspira con su recurso a que el monto de las condenaciones se liquide con base, en un salario de $17.941.67 por mes y no de $5.025.44, tenido en cuenta para el efecto en las instancias, mediante la infirmación parcial de aquella sentencia. Y el demandado busca la casación integral de ese fallo, la revocatoria completa del que dictó el Juzgado y la ulterior absolución de todas las pretensiones de la demanda.

Sendos cargos formularon al sustentar sus recursos (fls. 11 a 15 y 24 a 34 de este cuaderno), que merecieron la réplica recíproca (fls. 19 a 21 y 39 a 42 ibídem).

I. Por razón de su alcance más amplio, ha de estudiarse primero el recurso de la parte demandada, cuyo cargo dice así: "La sentencia enjuiciada violó indirectamente los artículos 127, 128, 249, 186, 189 (artículo 14 del Decreto 2351 de 1965), 306, 65, del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los artículos 22 y 23 del mismo estatuto, por aplicación indebida; los artículos 9, 13, 150, 498 y normas concordantes del Código de Comercio, por falta de aplicación; y como infracciones medio quebrantó los artículos 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 61 del Código de Procedimiento Laboral, artículos 55 y 177 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1757, inc. 1º del Código Civil, y el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, como consecuencia de errores de hecho manifiestos por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

"Como errores ostensibles de hecho indico los siguientes:

"1º No haber dado por demostrado, estándolo, que el actor estuvo vinculado al demandado por una relación de derecho comercial, como socio industrial, desde el 1º de enero de 1974.

"2º Haber dado por establecido, sin estarlo, que el actor se vinculó laboralmente en una determinada fecha (el 4 de septiembre de 1968) al demandado.

"3º Haber dado por probado, no estándolo, que el actor devengó un último salario de $5.025.44 mensuales, siendo que no se halla acreditado en autos salario alguno.

"4º Haber dado por demostrado, no estándolo, que durante el año de 1974 la empresa de propiedad del demandado, el Molino 'Industria Arrocera de Aguachica', produjo utilidades.

"5º No haber dado por acreditado, estándolo, que el demandado le solucionó al actor todas sus acreencias laborales hasta el 31 de diciembre de 1973.

"6º Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el demandado no satisfizo de mala fe prestaciones sociales del actor, por lo cual lo condenó a indemnización moratoria.

Pruebas mal apreciadas

"Son las siguientes:

"a) Testimonios de los señores Juan Basto, (fls. 60 - 63, Cdno. 1) y Leovino Romero Robayo (fls. 69 - 71).

"b) Interrogatorio de parte de Jorge E. Rueda Vargas (fls. 53 a 58).

"c) Interrogatorio de parte de Carlos J. Ospina Rubio (fls. 23 y ss).

"d) Acta de conciliación Nº 001 de 2 de noviembre de 1974 de la Inspección Nacional de Trabajo de Aguachica (Dpto. del Cesar) (fl. 31).

"e) Inspección Judicial de 5 de junio de 1975 y documentos anexados en dicha inspección (fls. 38 - 41).

"f) Comunicaciones del Banco Industrial Colombiano que corren a folios 45, 46, 49 y 50 del Cdano. 1, y del Banco de Colombia (fl. 47).

"g) Comunicaciones del Banco de Colombia, de folio 47.

Pruebas no apreciadas

"a) Testimonios de las siguientes personas: Raúl Blanco Quijano (fls. 82-86), Edgar Zambrano (fls. 76 y 77), Gustavo Omaña Peñaranda (fls. 78 - 81), Alfonso Hincapié Pérez (fls. 93-96) y Alberto Blanco (fls. 91 - 93).

Demostración del cargo

"El fallo recurrido apreció erróneamente y dejó de apreciar las pruebas anteriores señaladas y cometió por consiguiente los errores manifiestos de hecho señalados, con la consiguiente violación legal indirecta señalada, por las razones que se pansan a explicar.

"A. En cuanto hace a la relación de índole comercial existente entre las partes a partir del 1º de enero de 1974, el Tribunal menosprecia piezas probatorias de vital importancia que la acreditan, cuales son las siguientes declaraciones de terceros".

Transcribe luego el cargo varios pasajes de los testimonios de Raúl Blanco Quijano, Edgar Zambrano, Gustavo Omaña Peñaranda, Alfonso Hincapié Pérez y Alberto Blanco y remata este aspecto del ataque así:

"Si el fallador de segundo grado le hubiera prestado atención a estos testigos habría llegado a la conclusión inevitable de que entre el actor y su demandado hubo la mentada relación comercial, conforme a la cual el primero pasó a ser socio industrial del Molino Industria Arrocera de Aguachica, de propiedad del segundo y que por lo tanto tenía derecho a percibir un porcentaje de las utilidades producidas por éste.

"Y véase también que en los extractos de contabilidad agregados a la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas del demandado en Aguachica (fls. 36 a 41) aparecen diversidad de sumas de dinero cargadas al socio Jorge E. Rueda Vargas o retiros efectuados por éste del Molino Industrial Arrocera de Aguachica.

"El Tribunal desechó erradamente como elemento de convicción los documentos en cuestión y de no haber procedido así, habría por lo menos contado con una prueba indiciaria si no de las cuantías cargadas al demandante, sí por lo menos de la calidad de socio industrial de este último".

Respecto a los demás errores de hecho que le atribuye al sentenciador ad quem, discurre el recurrente así:

"B. En lo que respecta a la fecha de iniciación de la relación laboral, el Tribunal da por aceptado que fue el 4 de septiembre de 1968, cuando esto no es así y para ello se basa en los testimonios deleznables de Juan Basto (fls. 60 - 63) y Leovino Romero Robayo (fls. 69 - 71). Estima que la declaración de Juan Basto es afirmativa porque sin titubeos responde a la pregunta sobre la fecha en que presentó don Carlos Ospina al señor Jorge Rueda al testigo que fue 'el 4 de septiembre de 1968 que llegó don Carlos con él ahí y nos manifestó que iba a administrar y de ahí en adelante yo le recibí órdenes a él que era el administrador'. Como fácilmente puede observarse, no hay nada de especial en esta contestación y más bien lo que asombra es la extraordinaria memoria del declarante para 'nimios recuerdos', porque es capaz de precisar día, mes y año del acaecimiento de un hecho sucedido

hacía siete (7) años, contados éstos desde esa fecha hasta la de la declaración (20 de agosto de 1975). Adviértase igualmente la razón baladí que Basto da para recordar la fecha exacta, esto es, que como trabajador de la empresa 'tenía pendiente que como nuevo administrador podía ser que cambiara de personal', para más adelante perder completamente la memoria ante hecho similar porque no recuerda (en la respuesta siguiente) el nombre de la persona que reemplazó a Rueda como Administrador. De su parte Leovino Romero también recuerda la fecha de ingreso del actor 4 de septiembre de 1968 porque él era quien vendía la alimentación y según su propio dicho es tan prodigiosa su memoria que tiene grabada en su cabeza la fecha exacta de cada uno de los 30 ó 40 ó 50 trabajadores de las fincas de Ospina que empezaron a tomar alimentación en su casino. Es decir, en términos modernos, se trata de un dotado parapsicológico.

"Al derrumbarse la base testimonial que sirvió de apoyo al Tribunal para sustentar la fecha de iniciación de la relación de carácter laboral habida entre las partes y no apareciendo demostrada ninguna otra dentro del proceso, habrá de concluirse que no está acreditada tal iniciación y que por tanto surge el yerro fáctico evidente ya señalado.

"C. En relación con el salario base que se toma en la sentencia impugnada para liquidar prestaciones e indemnizaciones moratorias se advierte que tampoco el actor demostró a ciencia cierta ninguno, ni mucho menos el de $5.025.44 mensuales, como se concluye en aquella decisión.

"En efecto, según el Tribunal Rueda Vargas recibió directamente de Ospina Rubio o indirectamente, a través de pagos hechos por éste a la esposa de aquél, la suma total de $361.832.07, que dividida por el tiempo total de servicios arroja un salario mensual de $5.025.44. Dichos $361.32. 07 (sic) se descomponen así: doña Martha de Rueda recibió del Banco Industrial Colombiano de Bucaramanga la suma de $ 29.200.00 (fl. 45), $74.632.07 que Ospina Rubio giró a favor del demandante en el año de 1974 contra el Banco Industrial Colombiano de Aguachica (fl. 50); Cobró el actor en el Banco de Colombia la suma de $4.500.00 fl. 47) y la de $3.000.00 en el Banco Industrial Colombiano (fl. 45). Es decir, que por ahora tenemos un primer total de $111.332.07. Además, el actor Rueda Vargas recibió del demandado la cantidad de $106.500.00, dinero, que según aquél lo recibió a cuenta de su trabajo y los cheques aparecen cargados en su cuenta (fl. 55, 10ª pregunta). Y por último, con arreglo a lo expresado por el mismo actor él retiró la suma de $144.000.00 a buena cuenta de su trabajo y efectivamente se componía del sueldo básico y partipación del 25% en las utilidades del molino (fl. 56).

"Se observa al respecto que el Tribunal desatinó una vez más, porque de una manera asombrosamente simplista trata como retribución laboral efectivamente devengada por el actor todos los retiros efectuados por él a buena cuenta del 25% de las utilidades que pudieran corresponderle, como socio industrial, siendo verdad de a puño, de otro lado que no existe probanza alguna sobre que se hubiera obtenido utilidad alguna durante el año de 1974. Es decir, que en cualquier préstamo o anticipo concedido por el patrono al trabajador ve el fallador de segunda instancia salario devengado o causado.

"Se concluye, de todo lo anterior, la configuración del error de hecho consistente en que el Tribunal dio por acreditado un determinado último salario, y la realidad procesal enseña que no se ha probado la existencia de ninguno, luego por sustracción de materia no hay elemento de juicio para fulminar condena por cesantía, prima de servicios, vacaciones y salarios caídos. Y asimismo incurrió el ad quem en el otro yerro de hecho consistente en considerar que durante el año de 1974 el demandado obtuvo utilidades, siendo que esta circunstancia está huérfana de prueba en el proceso.

"D. En cuanto se relaciona con la satisfacción por el demandado al actor de todas sus acreencias laborales hasta el 31 de diciembre de 1973, se anota que las sumas de $111.332.07, $106.500.00 y $144.000.00 recibidas por Rueda Vargas o por su esposa de Ospina Rubio, deben obedecer a un título jurídico y no tratarse de una simple y graciosa donación. Si fueron un anticipo de las utilidades que produjera la empre-

sa del Molino 'Industria Arrocera de Aguachica', como lo afirma el demandado y está demostrado en el proceso, ocurre que como no se produjeron tales utilidades, pues no está ello acreditado en autos, dichas cuantías las recibió el demandante como adelanto de un evento que no ocurrió (obtención de utilidades por la empresa), luego carecerían de una razón jurídica y en tales condiciones las estaría detentando indebidamente. Luego, dentro de una sana lógica de las cosas, y si Rueda Vargas insiste tanto en su vinculación laboral, deberá en gracia de discusión, considerarse que, desde este ángulo laboral las cuantías en mención representan en gran parte y en exceso el pago de todos los derechos laborales a que pudiera aspirar el demandante.

"Y es que la cuantiosa suma de $361. 832.07 recibida por el demandante no puede echársele en saco roto y apropiársela él alegremente.

"Basta el razonamiento precedente para llegar a la conclusión que sí se halla establecida la cancelación por Ospina Rubio de las acreencias laborales de Rueda Vargas hasta el 31 de diciembre de 1973. Y que el fallador ad quem incurrió en la equivocación fáctica que se le atribuye al sostener todo lo contrario.

"Obsérvese por último, que resulta curioso, por decir lo menos, que Rueda Vargas hubiera trabajado para Ospina Rubio por el lapso superior a los seis (6) años afirmado por el primero y aceptado por el Tribunal, sin recibir salarios ni prestaciones, y que nuncia (sic) se le hubiera ocurrido reclamar éstos durante la ejecución del contrato. Es decir que si aceptan los hechos de la demanda, el actor laboró gratuitamente para el demandado, a ciencia y paciencia del primero.

"E. El Tribunal parte de la base de que el demandado procedió de mala fe en no cancelar al actor sus prestaciones sociales y de ahí que lo condene a la indemnización por salarios caidos. Es este otro yerro ostensible en que incurre el fallador, pues los autos demuestran todo lo contrario, vale decir, que la buena fe presidió todos los actos de Ospina Rubio hacia Rueda Vargas.

"Afirma el Tribunal que conforme a la declaración de Ospina Rubio de folio 23, éste accedió a pagarle al actor la suma de $67.000.00 que el Inspector de Trabajo propuso en la audiencia de conciliación celebrada en Aguachica, Departamento del Cesar (fl. 31) y que a pesar de esto no efectuó posteriormente ningún pago por concepto de acreencias laborales. Se observa sobre el particular que con arreglo a reiterada jurisprudencia de la H. Corte, 'el hecho de proponer (o aceptar) el demandado en una audiencia de conciliación fórmulas de transacción sobre determinada o determinadas prestaciones, no quiere decir que reconozca el derecho invocado por el demandante' (Casación de 21 de marzo de 1949, G. del T., Tomo IV, números 29-40, pág. 392). Y agréguese a lo dicho que el mismo demandado en la declaración que se comenta expresó categóricamente que aceptaba pagar la suma sugerida por la mentada Inspección 'no obstante estar yo consciente (sic) de que no le debía al señor Rueda absolutamente nada, para evitar un pleito'. Luego no puede aseverarse, como equivocadamente lo hace el Tribunal que Ospina Rubio hubiera confesado tener a su cargo derechos sociales insolutos del actor.

"Además, la buena fe del demandado se transluce inequívocamente de los siguientes hechos: 'permitirle al actor o a su esposa retirar o entregarles a ambos cuantiosas sumas de $144.000.00 y $111. 332.07 a título de anticipo de utilidades —que no de salarios, como se explicó atrás— que jamás se causaron; cederle sus derechos en una camioneta Ford suya y equivalente a la suma de $106.500.00 a título igualmente de posibles ganancias que no se produjeron'.

"Y si se considerasen estos pagos como de origen laboral, se advierte en ello y, con más razón, no sólo el ánimo de Ospina Rubio de satisfacer sus obligaciones al demandante, sino también la satisfacción en la práctica y con creces de las mismas, superando cualquier cálculo.

"Resta comentar que según los textos que informan el principio de la carga de la prueba, esto es, los artículos 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 1757, inciso 1º del Código Civil, 177 del Código de Procedimiento Civil, y 145 del Código de Procedimiento del Trabajo, al actor le correspondía demos-

trar la fecha de iniciación de labores y el último salario devengado, actuación procesal que no cumplió, luego el fallador de instancia carecía de elementos de juicio para fijarle un punto de partida a la relación laboral y para contar con un último salario de referencia, para con base en él calcular el valor de las condenas por cesantía, vacaciones, primas e indemnización moratoria.

"Huelga anotar, por último, que para demostrar el quebranto por el fallo recurrido de la ley sustancial, de modo indirecto, a través de errónea apreciación del acervo probatorio, se han utilizado tanto probanzas instituidas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 (documentos, confesión judicial e inspección judicial) como excluidas por la misma disposición (como el testimonio), siguiendo a este respecto la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, contenida, entre otras, en la sentencia del 6 de octubre de 1972 (Luis Alberto Ramírez Quijano contra Industria Electro -Sonora S. A. "Sonolux") y por cuanto que cada una de las probaciones y 'todas en conjunto constituyen soportes de la decisión juridicial' ".

La Sala considera

Según quedó visto, el recurrente apoya su aserto de que el sentenciador erró de hecho cuando calificó como laboral y no mercantil la relación que tuvieron los señores Rueda Vargas y Ospina Rubio en la falta de apreciación de los testimonios de Raúl Blanco, Edgar Zambrano, Gustavo Omaña, Alfonso Hincapié y Alberto Blanco y de unos extractos de contabilidad allegados al juicio en la diligencia de inspección judicial practicada en la primera instancia (fls. 38 a 41, Cdno. 1º).

Pero acontece que, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, el testimonio no es prueba calificada para demostrar la existencia de errores de hecho dentro del recurso de casación, y los escritos de folios 38 a 41 del primer cuaderno corresponden a datos tomados de la contabilidad del señor Ospina Rubio, que legalmente no prueban en su favor y, menos aún, demuestran en la forma palmaria que se exige para la procedencia de un error de hecho en casación, que el vínculo jurídico que existió entre los señores Rueda y Ospina fuera comercial y no laboral.

Como tales documentos no demuestran el error alegado, no es dable el examen de los testimonios invocados en este aspecto de la acusación que, por lo tanto, no prospera.

Lo mismo acontece con el segundo de los errores de hecho imputados al sentenciador porque las declaraciones de los señores Basto y Romero, invocadas para demostrarlo, no son legalmente pruebas idóneas para ser aducidas con esa finalidad dentro del recurso extraordinario de casación.

En lo que atañe al tercero de los yerros, las pruebas a que alude este aspecto de la acusación, o sean los certificados de los Bancos Industrial Colombiano y de Colombia que obran a folios 45, 47 y 50 del primer cuaderno y las respuestas de Rueda Vargas al interrogatorio que absolvió (fl. 55 pregunta 10 y folio 56, Cdno. 1º), no dejan en evidencia el hecho, sostenido por el cargo, de que los pagos así recibidos por el demandante Rueda Vargas lo hubieran sido como buena cuenta de utilidades. O sea que no dejan patente la supuesta equivocación del fallador cuando calificó tales pagos como retribución de servicios subordinados.

No prospera, por lo tanto, este pasaje de la acusación.

De allí se desprende también que si no hay evidencia para tener como anticipos de utilidades los pagos que recibió Rueda Vargas de Ospina Rubio, menos aún la hay para entender que no existieron las ganancias cuyo anticipo se hizo así y que, de consiguiente, tales pagos satisfacen con exceso las acreencias laborales que el demandante reclama en este juicio, ni tampoco para que de allí surja de bulto que el señor Ospina Rubio obró de buena fe en sus relaciones con el demandante Rueda Vargas, porque si bien es cierto que la oferta que aquél le hizo a éste en un intento de conciliación no implicaba un reconocimiento de los derechos reclamados por Rueda, la prueba que ellos le hubieran sido satisfechos al actor brilla por su ausencia en el juicio, por lo cual queda en pie, por no derivar de error de hecho patente, la condena al pago de indemnización

moratoria mantenida en el fallo acusado por el Tribunal ad quem.

El cargo que se deja analizado no permite pues que se infirme la sentencia objeto de la impugnación.

II. Recurso del demandante. Su cargo fue planteado como sigue: "Acuso la sentencia impugnada de haber quebrantado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 57, obligación 4ª, 127, 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965), 186, 189 (14 del Decreto 2351 de 1965), 192 (8º del Decreto 617 de 1954), 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Este quebranto se originó a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el ad quem al no dar por demostrado, estándolo, que Jorge E. Rueda Vargas devengó de Carlos J. Ospina Rubio, durante el último de los años de servicios que le prestó, la suma de $17.941.64 como salario mensual promedio.

"Tal error, a su vez, fue el producto de su equivocada apreciación de los documentos de folios 45, 47 y 50 del expediente y de las confesiones contenidas en la novena pregunta del interrogatorio a que Carlos J. Ospina Rubio sometió a mi asistido (folio 55) y en la respuesta que aquél le dio a la pregunta octava del que éste le formuló (folio 23).

"En efecto, contra lo que asevera el sentenciador al acoger sin reservas las consideraciones del a quo al respecto, sí es posible establecer el quántum de lo devengado por Jorge E. Rueda Vargas, como promedio mensual mínimo, durante el último de los años en que prestó servicios a Carlos J. Ospina Rubio, que fue el comprendido entre el 10 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974.

"En primer lugar, de lo confesado por Carlos J. Ospina Rubio al contestar la octava pregunta del interrogatorio a que lo sometió mi poderdante, se deduce, por modo incontrastable, que éste tenía asignado un sueldo mensual de $3.000.00 en diciembre de 1973, y que antes, desde el 10 de septiembre hasta el último de noviembre del mismo año, por lo menos uno de $2.500.00.' En consecuencia, mi procurado devengó $1.666.66 por los 20 días de septiembre, $5.000.00 por octubre y noviembre y $3.000.00 por diciembre, para un total de $9.666.66 en 1973.

"En segundo lugar, el documento de folio 50 deja ver, también sin duda, que mi mandante recibió de Carlos J. Ospina Rubio, entre enero y mayo de 1974, la suma de $74.632.07, mediante cheques girados contra el Banco Industrial Colombiano de Aguachica; el de folio 47 muestra, en forma igualmente clara, que el demandado le pagó a mi asistido, por medio de cheque contra el Banco de Colombia de Bucaramanga, $3.500.00 el 5 de mayo del mismo año; y el de folio 45 señala, con igual certidumbre, que mi procurado, a través de su esposa, recibió de su patrono, entre enero y abril del propio año, en cinco cheques contra el Banco Industrial Colombiano de Bucaramanga, un total de $21.000.00. Es decir, que estos documentos acreditan que hasta el 10 de septiembre de 1974, mi acudido devengó mediante pagos efectuados con cheques, por lo menos la cantidad de $99.132.07.

"En último lugar, la confesión contenida en la pregunta novena del interrogatorio que le formuló el demandado a Jorge E. Rueda Vargas (folio 55) demuestra, de manera irrefutable, que la camioneta Ford, F. 100, modelo 1974, fue recibida por mi patrocinado, por un valor convenido de $106.500.00 necesariamente en el curso de este mismo año y, desde luego, durante la ejecución del contrato de trabajo que los ligó.

"Esto es, que las pruebas en examen —contra la equivocada conclusión que de ellas obtuvo el fallador— permiten establecer, fácil y fehacientemente, que Jorge E. Rueda Vargas devengó, en el último año de sus servicios al demandado, un promedio mensual mínimo de $17.941.64, que se obtiene de la sencilla operación aritmética de dividir entre 12 el total de $215.298.73 percibido por él en el lapso comprendido entre el 10 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974.

"Por este error evidente de hecho que se ha dejado demostrado, el ad quem fulminó las condenas por auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, primas de servicios e indemnización moratoria en cuantías inferiores a las que en verdad correspondían, aplicando indebidamente, para ello, los textos que el cargo denuncia como quebrantados".

La Sala considera

Al examinar las pruebas que el cargo tiene por mal apreciadas, resulta que los documentos de folios 45, 47 y 50 del primer cuaderno dan cuenta de que en los años de 1973 y 1974 fueron girados varios cheques a favor de los señores Jorge E. Rueda y Martha de Rueda con cargo a las cuentas corrientes del señor Carlos Julio Ospina en el Banco Industrial Colombiano, sucursales de Aguachica y Bucaramanga, y en el Banco de Colombia, sucursal de Bucaramanga, pero de allí no surge en modo alguno que el propósito de tales cheques fuera pagarle salarios al señor Rueda Vargas. La novena pregunta hecha en interrogatorio por Ospina a Rueda (fl. 55, Cdno. 1º) alude a que aquél le cedió a éste sus derechos sobre una camioneta comprada a través de Fedearroz que tenían un monto de $106.500.00, pero ni de la pregunta ni de la respuesta dada a ella surge de bulto que tal cesión hubiera correspondido al pago de salarios hecho por Ospina a Rueda. Y la respuesta del señor Ospina a la pregunta octava que le hizo el demandante Rueda en el cuestionario absuelto en la primera instancia (fl. 23, Cdno. 1º), sólo da cuenta de que Ospina convino en pagarle a Rueda un salario inicial de $2.500.00 mensuales por la administración del molino "Industria Arrocera de Aguachica", sin que ello de base para tener también como salario de Rueda Vargas el monto de los cheques mencionados al principio y de la cesión del derecho sobre la camioneta, también ya mencionada.

De las pruebas invocadas en el cargo como fuente del yerro atribuido al sentenciador no surgen pues las bases para concluir en forma incontrastable que el salario del demandante Rueda Vargas alcanzara a $17.941.64 por mes, como lo cree el recurrente, ya que los cálculos aritméticos que trae el dicho cargo no están respaldados con pruebas que acrediten de manera palmar que todos los factores que el actor toma para hacer su cuenta corresponden al pago de servicios subordinados que le hubiese prestado Rueda Vargas a Ospina Rubio.

No aparece entonces configurado y, menos aún con la vehemencia indispensable en casación, el error de hecho que en el cargo se le imputa al Tribunal ad quem y éste, en consecuencia, no está llamado a la prosperidad.

De todo lo anterior se concluye que no es dable infirmar la sentencia 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 el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

ERROR DE HECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo nueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 20).

Mediante libelo que correspondió al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, Raúl Acevedo Ocampo, mayor de edad y de esa vecindad, demandó, por intermedio de apoderado, a la sociedad denominada "Almacén Canguro y Cía. Ltda.", para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se la condenase a pagarle las cantidades que resultaren probadas por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicios, vacaciones, comisiones pendientes de pago, remuneración por descansos en días domingos y festivos, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Fundamentó esas peticiones en los siguientes hechos:

"PRIMERO. Me vinculé a la sociedad que demando el día 21 de septiembre de 1971, como gerente de ventas en la ciudad de Medellín. Permanecí hasta julio 30 de 1973.

"SEGUNDO. Se acordó entre la empresa demandada y mi persona que mi salario estaría constituido por el 25% de las utilidades que arrojara la compañía.

"TERCERO. El pacto sobre las utilidades, naturalmente que debía tener operancia a partir de mi ingreso el 21 de septiembre de 1971, fecha que debe tomarse en cuenta para buscar las utilidades que dan base a mi remuneración y por tal año, ya que la demandada las liquidó sobre todo el período anual, con el cual mi remuneración quedó disminuida, ya que hasta ese día el balance arrojaba un saldo desfavorable de pérdidas. Por ello se me adeuda el reajuste respectivo.

"CUARTO. Tampoco se me ha cubierto en su integridad las comisiones correspondientes a 1972 y 1973, ya que solamente se me han pagado $765.837.02, siendo la diferencia a mi favor cuantiosa. Las utilidades según el balance de 1972, cortado el último día de diciembre, fueron por un valor total de $3.039.487.43, cifra sobre la cual debe buscarse el monto de mis comisiones por tal período.

"QUINTO. La remuneración de los descansos dominicales y festivos, no se me ha cubierto tomando en cuenta los promedios semanales que por concepto de comisiones me han correspondido.

"SEXTO. A las comisiones pendientes de pago hay que sumar las que me corresponde sobre la cantidad de $731.129.07 que la compañía en su balance creó como provisión para protección de cartera, cuando ya existía la correspondiente reserva, por valor de $388.585.70, sobre la cual igualmente se me debe la cuota de comisiones, pues el trabajador nunca participa de las pérdidas del patrono, como quiere hacerse en el evento que señalo.

"SEPTIMO. Fuera de las comisiones pendientes, de pago de que he hablado en los hechos anteriores, también se me adeudan las que corresponden a dineros recibidos directamente por los demás socios, en un sistema que la compañía llama de "reserva", lo cual arroja a mi favor un saldo de $315.785.71".

"OCTAVO. Nunca se me cubrieron primas de servicio, como tampoco se me reconoció el descanso remunerado de vacaciones derechos sociales de que soy acreedor.

"NOVENO. Hasta el presente, tampoco se me ha pagado el auxilio de cesantía.

"DECIMO. El no pago de todos los conceptos que en este libelo he reseñado, causa en mi favor la indemnización moratoria".

La demandada aceptó el hecho primero y negó los restantes, alegando que la remuneración pactada fue el 20% de las utilidades líquidas de la empresa y que verbalmente se convino reconocer un 5% más por concepto de prestaciones sociales, todo lo cual fue pagado, aún con exceso, con base en los balances realizados por el Contador y el Revisor Fiscal, y que el salario se estipuló por períodos mayores de un día, entendiéndose incluido en él el valor de los descansos legalmente obligatorios. Formuló oposición a las pretensiones del actor y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y compensación.

A su turno, instauró demanda de reconvención para que se condenara a Acevedo Ocampo a pagarle las sumas de $304.546.90 que recibió por concepto del 5% de las utilidades líquidas producidas por la sociedad y $48.833.14 como indemnización por haber terminado el contrato sin previo aviso y en forma unilateral e injusta, y las costas correspondientes. El reconvenido negó los hechos en la forma como fueron relatados y se opuso a la prosperidad de la contrademanda.

Tramitada la litis, el Juzgado del conocimiento la resolvió, en sentencia de primero de marzo de mil novecientos setenta y cinco, así:

"1º) CONDENASE a la empresa 'ALMACEN CANGURO Y CIA. LTDA.', con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla y con sucursal en la ciudad de Medellín, representada por el señor Jaime Gontovinik o por quien haga sus veces, a pagarle al señor RAUL ACEVEDO OCAMPO las siguientes cantidades de dinero por los conceptos que se anotan:

"a) Veinte mil ciento cuarenta y seis pesos con sesenta y cinco cvs. ($20.146.65) m.l. por cesantía, b) Ciento noventa y nueve mil setecientos cincuenta y un pesos con treinta y tres cvs. ($199.751.33) m. l. por prima de servicios, c) Ochenta mil novecientos noventa y ocho pesos con veintisiete cvs. ($80.998.27) m.l. por vacaciones compensadas.

"b) Se CONDENA a la misma empresa antes mencionada a pagarle al demandante la suma de Ochocientos setenta y tres mil novecientos cincuenta y ocho pesos con veintitrés cvs. ($873.958.23) m.l. por salarios insolutos.

"3º) Se CONDENA a la suma de cuatrocientos sesenta y dos mil novecientos sesenta y dos pesos con ochenta y dos cvs. ($462.962.82) m.l. por dominicales y festivos y no cancelados durante la relación laboral.

"4º) Se declara configurada parcialmente la excepción de compensación hasta la suma de doscientos setenta y nueve mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con doce cvs. ($279.648.12) m.l. que será deducida de las declaraciones anteriores.

"5º) Se ordena deducir la suma de ciento veintiún mil quinientos ochenta y tres pesos ($121.583.00) m.l. que fueron consignados y retirados por el demandante para el pago de prestaciones sociales.

"6º) Se CONDENA a la misma empresa 'Almacén Canguro y Cía. Ltda.' para que pague al demandante diariamente y a partir del 1º de agosto de 1973 la suma de dos mil novecientos treinta y tres pesos con veintiún cvs. ($2.933.21) m.l. como indemnización por el no pago de los derechos invocados y aquí reconocidos.

"7º) Se ABSUELVE al reconvenido señor Raúl Acevedo Ocampo de los cargos que en su contra formuló el señor apoderado de la empresa demandada y vencida en el presente juicio.

"8º) Se CONDENA a la Cía. opositora en el presente proceso a pagar las costas del mismo en su totalidad".

Ambas partes recurrieron en apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató los recursos de la siguiente manera:

"1º) SE CONDENA a la sociedad 'Almacén Canguro y Cía. Ltda', debidamente representada, a pagar al señor Raúl Acevedo Ocampo las siguientes sumas de dinero:

"a) Ciento treinta y siete mil novecientos sesenta y un pesos con noventa y un centavos ($137.961.91) por cesantía. b) Setenta y dos mil doscientos diecinueve pesos con cincuenta centavos ($72.219.50) por concepto de vacaciones compensadas. c) Ciento noventa y seis mil ciento noventa y seis pesos con cuarenta y tres centavos ($196.196.43) por primas de servicio.

"ch) Ochocientos setenta y tres mil novecientos cincuenta y ocho mil pesos con veintitrés centavos ($873.958.23) por concepto de salarios insolutos, según lo dicho en la parte motiva.

"2º) Se declara parcialmente configurada la excepción de compensación hasta por la suma de doscientos setenta y nueve mil seiscientos cuarenta y ocho pesos con doce centavos ($279.648.12) que debe deducirse del monto de las condenas anteriores.

"3º) De igual manera se ordena deducir la cantidad de ciento veintiún mil quinientos ochenta y tres pesos ($121.583.00), que fue consignada y entregada a la parte demandante.

"4º) Se absuelve al señor Raúl Acevedo Ocampo de todos los cargos que le resultan de la demanda de reconvención.

"5º) Costas a cargo de la demandada en un sesenta por ciento (60%) en las dos instancias.

"6º) Se absuelve a la sociedad demandada de los restantes cargos que resultan de la demanda.

"En los términos anteriores queda revocada, confirmada y modificada en parte la sentencia objeto del recurso de apelación, de fecha y procedencia atrás señaladas".

Contra el fallo anterior, proferido el veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, los mismos apoderados han recurrido en casación. Como los dichos recursos fueron admitidos y se les ha tramitado en legal forma, procede la Corte a resolverlos, advirtiendo que se estudiará primero el interpuesto por la parte demandada por pretender una absolución total.

El recurso de la parte demandada

Persigue el quebrantamiento de la sentencia impugnada, en cuanto condenó a pagar cesantía, vacaciones, primas de servicios, salarios insolutos y costas, para que la Sala, en función de instancia, revoque la de primer grado en sus pronunciamientos condenatorios por los mencionados conceptos y, en su lugar, absuelva a la empresa por esos mismos extremos.

La acusación se concreta a un sólo cargo, formulado con apoyo en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

Cargo único.

Aplicación indebida de los artículos 127, 128, 132, 186, 249 y 306 del C. S. del T., y 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, a consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación del contrato de trabajo de fl. 10, los documentos de fls. 29 a 36, los testimonios de fls. 38 a 39 vuelto, el interrogatorio de parte de folios 46 y siguientes, la inspección judicial de folios 51, 58 y 59 y el dictamen pericial de folios 65 a 99 y 108 a 119.

Los errores de hecho consistieron:

a) En no dar por demostrado, estándolo, que el salario estipulado entre las partes y debido por el patrono al trabajador, era el 20% de las utilidades líquidas de la empresa y no el 25% de las mismas; y

b) En dar por demostrado, sin estarlo, que las utilidades líquidas de la empresa fueron distintas de las que arrojan los respectivos balances.

De las varias razones que el impugnador aduce para sustentar el ataque, la Sala reproduce las siguientes:

"Cuando el sentenciador admite como salario del demandante el señalado en el dictamen pericial, está admitiendo que la remuneración consistía en el 25% de las utilidades líquidas de la empresa, cuando las pruebas presentadas demuestran que ese salario fue solo del 20% de dichas utilidades líquidas.

"El contrato de trabajo cuya copia aparece al folio 10 del primer cuaderno, expresa claramente que el salario es el equivalente al 20% de las utilidades líquidas, pues allí se lee:

'El empleado tendrá como remuneración por sus servicios el veinte por ciento (20%) de las utilidades líquidas.....'

"El propio demandante al contestar el interrogatorio de parte admite que el salario consistía en el 20% de las utilidades líquidas, pues tanto en la respuesta a la primera pregunta como en la contestación a la sexta y a la segunda, está confesando que el salario consitía en el 20% de las utilidades líquidas.

"El testigo Jhon Biron de Jesús con la autoridad que da a su declaración el ha-

ber sido contador de la empresa durante el tiempo de trabajo del demandante, explica de manera absolutamente clara que al señor Acevedo se le pagaba salario por valor del 20% de las utilidades líquidas y el 5% se imputaba a prestaciones sociales. Del examen de ese testimonio surge claramente que el salario estipulado en el contrato y confesado por el demandante era el que efectivamente se pagaba, como lo dice el testigo con cifras exactas en cada uno de los períodos.

"El testigo Gustavo Zapata manifiesta que fue empleado de la Sección de Cartera, por lo cual no conocía todos los comprobantes de contabilidad, manifiesta no conocer exactamente los hechos y comete errores como el de afirmar que el salario consistía en porcentaje sobre las ventas, cuando claramente está estipulado y confesado que era el 20% de las utilidades líquidas de la empresa. Ese testimonio no puede servir de base para saber cual era el monto del salario, pues su dicho es vago, equivocado y no estuvo en condiciones de conocer el valor del salario. Los documentos de los folios 29 a 36 no sirven para establecer que el salario del demandante fuera el 25% de las utilidades líquidas, porque en ellos solamente se adjudica tal porcentaje al señor Acevedo Ocampo pero no se le imputa como salario, luego deducir ese concepto de tales documentos es manifiestamente erróneo, porque se está tomando de esos documentos un elemento que ellos evidentemente no contienen.

"La inspección judicial no determina de manera alguna el salario ni las utilidades que sirven para calcularlo, pues el Juez se limitó a recibir unos documentos que entregó al perito y a autorizar a éste para que mirara otros en la ciudad de Barranquilla. Nada resulta de esa diligencia en cuanto al porcentaje de las utilidades que constituía salario.

"El perito tomó como base para sus cálculos el 25% de las utilidades, pero en la ampliación del dictamen hubo de hacer la operación con el 20% aplicándolo no solamente a las verdaderas utilidades líquidas sino a las que él arbitrariamente imaginó. Ese dictamen no puede señalar el porcentaje que constituía el salario, porque el perito no fue llamado para eso sino para que determinara las utilidades líquidas, y porque no podía señalar un porcentaje distinto del realmente pactado y confesado por el trabajador.

"Con el ligero análisis anterior se pone de manifiesto que el sentenciador apreció equivocadamente las pruebas señaladas y cometió el primer error de hecho indicado, porque es absolutamente claro que el salario pactado, confesado y reconocido fue el 20% de las utilidades líquidas y el sentenciador consideró que el salario era el 25% de ellas".

"En cuanto a las utilidades de la empresa en los períodos del 21 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre del mismo año, el año de 1972 y el corrido desde el 1º de enero de 1973 hasta el 30 de julio del mismo año, el error consistió en no atender los balances presentados sino atenerse a los cálculos imprecisos del perito, que no puede corresponder a realidad alguna".

"Los documentos de los folios 29 a 36 determinan las utilidades en los distintos períodos y tomar una base distinta es apreciar erróneamente esos documentos y contrariar los dispuesto en el contrato mismo.

"El testigo Jhon Biron de Jesús señala también las utilidades en la misma forma que los documentos indicados, los cuales analiza en la misma declaración. El otro testigo no sabe cuales son las utilidades obtenidas por la empresa.

"La inspección judicial no sirve para determinar el monto de las utilidades, porque el funcionario ni siquiera examinó los documentos que le presentaron y menos dedujo hecho alguno de ellos.

"El dictamen pericial está lleno de errores, porque pretende encontrar unas utilidades acomodadas a sus particulares criterios, como el de que la reserva para deudas no puede deducirse porque el trabajador no participa en las pérdidas, cuando lo que se está calculando es la utilidad de la empresa, que naturalmente resulta utilidad líquida cuando no solamente se toman los ingresos sino que se deducen los ingresos, lo cual también es aplicable al argumento de que el impuesto sobre la renta no es un gasto de las ventas, pero es un gasto de la empresa que modifica las utilidades de ella".

"Si el sentenciador no hubiera incurrido en los errores de hecho indicados, habría tenido las bases exactas para las liquida-

ciones y no hubiera incurrido en la violación de las normas señaladas en el cargo, sino que en correcta aplicación de ellas, habría encontrado que la demandada nada debe al demandante como se puede ver con el análisis siguiente".

A continuación el censor transcribe algunas cifras para demostrar que al trabajador nada se le debe.

La demanda no fue replicada.

Para resolver, se considera

El Tribunal deduce la existencia del contrato de trabajo y su duración de las afirmaciones que se hacen tanto en la demanda principal y en la de reconvención y sus correlativas respuestas, como en el interrogatorio de parte formulado por la demandada al trabajador. En seguida se expresa de la siguiente forma:

"Y conocidas así la existencia del contrato y su duración de un año, 10 meses y 9 días (del 21 de septiembre de 1971 al 30 de julio de 1973), queda por determinar el verdadero salario devengado por el actor, qué porción se le pagó y cuál se le adeuda si fuere el caso, y si proceden o no las peticiones de la demanda y en qué medida.

"Para este cometido cuenta la Sala, fuera de los elementos de juicio a que se ha hecho alusión, con copia del documento que contiene el contrato celebrado entre las partes (fls. 10), y de otros varios documentos como los de folios 29 a 36 entre muchos. Además se trajeron testigos (fls. 38 a 39 vto.), fuera de interrogatorio de parte (fls. 46 y ss.) y la inspección judicial (fls. 51, 58 y ss.). Pero por sobre todo existe un dictamen pericial verdaderamente técnico que revela un trabajo serio, responsable y muy fundamentado, a cuyos términos habrá de atenderse la Sala, como lo hizo el a quo, en la forma que pasa a explicarse, y relacionándolo con los otros elementos de convicción a que se ha hecho referencia.

"Como en la sentencia que se revisa, la Sala encuentra que de las posibilidades que propone el experto para determinar el valor de las comisiones de Raúl Acevedo, debe acogerse la tercera para los años de 1971 y 1972, ya que las reservas para protección de cartera aparecen verificadas en forma inexacta y antitécnica, como se dice en el experticio, y la efectuada para el pago del impuesto de la renta, no constituye parte alguna de los gastos ni de los costos de la mercancía vendida".

"....."

"Con respecto al año de 1973 se acogerá la primera alternativa ofrecida, ya que a la segunda le hace serios reparos el propio perito y expresa que es prácticamente inaplicable porque implica desmejora en los derechos del trabajador (fls. 81)".

A continuación, con los datos y bases que le proporciona el dictamen, procede el Tribunal a fijar el monto de las condenas que profiere.

Como se ve, y como muy clara y categóricamente lo advierte el ad quem, el fallo impugnado tiene su fundamento principal, y tal vez único, en el dictamen pericial, prueba que, al igual que la testimonial, también mencionada en la censura, no puede originar error de hecho que sea motivo de casación laboral por negarle tal virtud el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, salvo que, como lo ha admitido la Corte, aparezca previamente demostrado que se ha incurrido en error de esa clase por haberse apreciado erróneamente o dejado de estimar un medio probatorio de los calificados por esa misma norma como idóneo para generarlo.

Con todo, como el sentenciador hace alusión a algunas pruebas que revisten este último carácter y expresa que las ha relacionado con la peritación, se examinarán éstas con la finalidad arriba indicada.

Es evidente que en la cláusula cuarta del contrato de trabajo (folio 10) suscrito por las partes el 21 de septiembre de 1971 se estipuló una remuneración equivalente al 20% de las utilidades que produjera la Agencia de Medellín durante ese año. Pero también es cierto que en ese documento no se hizo mención alguna a un porcentaje adicional del 5% destinado a cubrir las posibles prestaciones sociales. En cambio, en los que obran a folios 29 a 36, y que dan cuenta de la forma como fueron distribuidas las utilidades de la empresa y detallan otras operaciones realizadas entre ésta y el trabajador, se adjudica a Acevedo Ocampo una participación del 25% por el trabajo realizado en cada uno de los años de 1971, 1972 y 1973, lo que

permite concluir que el salario inicialmente pactado fue modificado después, aumentándose el porcentaje del 20 al 25%. De otro lado, en el interrogatorio de parte a que fue sometido el demandante principal no aparece hecha la confesión que pretende la demandada, en el sentido de que por convenio verbal entre las partes el 5% adicional debía imputarse a prestaciones. El interrogado acepta simplemente que en el contrato escrito se hizo figurar un porcentaje del 20%, pero en ninguna de sus respuestas admite que se hubiese convenido un 5% adicional para cubrirle las prestaciones sociales; por el contrario, alega que lo acordado como remuneración fue un porcentaje del 25% y que en el contrato, sin explicación alguna, resultó escribiendose el 20%.

Del examen conjunto que el fallador hizo de las pruebas reseñadas no es posible deducir ningún error, razón por la cual debe la Corte abstenerse de penetrar en el examen de los testimonios de Jhon Biron de Jesús y Gustavo Zapata y del dictamen pericial que, como se dejó advertido, constituye la columna vertebral de la providencia materia de la impugnación.

En las condiciones expresadas, el cargo resulta ineficaz y no prospera.

El recurso de la parte demandante

También se concreta a un solo cargo, basado en la causal primera de casación, y persigue que el fallo acusado sea infirmado parcialmente, en cuanto absuelve por remuneración de descansos dominicales y festivos, para que, en la sede subsiguiente, la Sala confirme la decisión condenatoria de primer grado por este extremo y haga los respectivos reajustes en las prestaciones sociales.

El cargo acusa violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 176 y 177, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 1º de la misma obra e infracción consecuencial, por falta de aplicación, de los artículos 172, 173, inciso 1º, y 177 numeral 1º, del mencionado código.

Para la demostración del ataque, el censor copia las razones que tuvo el ad quem para no condenar a descansos en domingos y festivos; afirma que esa interpretación es la misma adoptada por la Corte en una sentencia de 6 de agosto de 1975, pero considera que la verdadera interpretación está en el salvamento de voto a esa sentencia, ya que si el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo determina que la base para conocer la remuneración del descanso dominical en caso de salarios variables, es el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, teniendo en cuenta solamente los días trabajados, también es verdad que dicho precepto no indica cuál es la manera como ha de llegarse a ese conocimiento en eventos en los que el patrono no cubre a su trabajador el salario variable por períodos distintos de los semanales; y hace suyas, trasladándolas, las argumentaciones del salvamento que cita.

El cargo concluye de la siguiente manera:

"Este razonamiento, a mi juicio, consulta el verdadero sentido de los artículos 176 y 177 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, contra el equivocado concepto que de su contenido tiene el Tribunal. Opinión que desconoce el principio interpretativo que le ofrece el artículo 1º de la misma obra, según el cual la finalidad primordial de este Código 'es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'.

"Porque no puede lograrse la justicia en las relaciones obrero-patronales con una tesis que deja en el empleador el arbitrio de eludir el pago de los descansos dominicales y festivos en casos como el de autos, con el fácil expediente de liquidar el salario variable por lapsos distintos al de cada semana.

"Ni puede esperarse la coordinación económica de que habla aquella norma, con una doctrina que rompe la colaboración entre los tradicionales factores de la producción Nacional, capital y trabajo humano, dejando en poder del patrono la posibilidad de burlar el reconocimiento de un derecho indiscutible.

"Tampoco se puede esperar el equilibrio social con una opinión interpretativa que puede utilizar el patrono en beneficio de sus intereses, con menoscabo de los derechos del trabajador.

"Considero que hay insuficiencia en el juicio que el Tribunal se ha formado acerca del contenido de los preceptos mencionados, y que la única interpretación correcta es la que hacen los distinguidos Magistrados que salvaron el voto en el fallo conque finalizó el proceso de Luis Lopera contra Droguería Continental".

El opositor replica la acusación formulándole reparos de carácter técnico y contraponiendo al salvamento de voto en que se apoya alguna de las sentencias en que la Corporación ha sentado la doctrina contraria.

Se considera

El cargo es inestimable por cuanto la vía escogida para su formulación —la directa, por interpretación errónea— es equivocada. En este sentido resultan acertadas las críticas formuladas por el opositor, en perfecta coincidencia con lo expresado por la Corte frente a planteamientos similares al que ahora se le hace. Recientemente, en fallo proferido el 21 de abril de 1977, en el ordinario de Raúl Cano Rivera contra "Cyanamid de Colombia S. A", dijo:

"Cuando el fallador de segunda instancia estima que 'no hará 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 no prospera".

Mas, si se prescindiese de la consideración anterior y se penetrase en el fondo de la acusación, ésta tampoco lograría el éxito pretendido, pues la Sala no encuentra razón en el salvamento de voto a que alude el censor para variar su doctrina sobre los alcances de la norma cuestionada. Por el contrario, la ratificó, en providencia también reciente, en los siguientes términos:

"Dice el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo:

'SALARIOS VARIABLES. Cuando no se trate de salario fijo como en los casos de remuneración por tarea, a destajo, o por unidad de obra, 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'.

"Claramente se vé que el precepto se refiere a los casos en que el salario no se determina por unidad de tiempo, sino por tarea, a destajo, o por unidad de obra, lo que indica que el transcurso de tiempo no determina el salario ni su cuantía, porque en tales casos la remuneración resulta de un hecho distinto al tiempo, que determina su existencia y su monto.

"Lo que se necesita es demostrar los hechos determinantes de la remuneración que ocurrieron en la semana inmediatamente anterior, para saber cuanto salario variable se devengó en esa semana, pero ello nada tiene que ver con el período regulador de los pagos, porque no pueden confundirse varios momentos que ocurren en el nacimiento y solución de las obligaciones, pues no es lo mismo el momento en que surge a la vida jurídica una obligación, ni el momento en que se hace exigible, ni el en que tiene cumplimiento, aunque a veces ese fenómeno pueda ocurrir simultáneamente. El salario variable devengado en una semana no depende del período de pago, pues en determinado período de pago pueden cubrirse salarios que no hayan sido devengados en el lapso comprendido por el período.

"Confundir el momento en que se devenga el salario con el período de pago, es desconocer los ordenamientos claros de los

artículos 133 y 134 del Código Sustantivo del Trabajo, porque esas normas que se refieren a los salarios fijos, o sea los que se determinan por unidad de tiempo, distinguen perfectamente entre el salario estipulado por días, llamado jornal, que no puede pagarse en períodos mayores de una semana, y el salario estipulado por tiempo mayor de un día, que se llama sueldo, y que no puede tener un período de pago mayor de un mes. Esos preceptos demuestran claramente que no puede confundirse el tiempo en que se devenga un salario con el período de pago del mismo, y si ello es cierto en relación con los salarios fijos, que se determinan por la unidad tiempo, con mayor razón lo es en los salarios variables, donde la adquisición del salario no depende del tiempo y mucho menos del periodo de pago.

"Lo anterior demuestra que la interpretación acertada de los artículos 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 1º del mismo estatuto, es la de que la remuneración del descanso dominical y en días festivos, cuando el salario es variable, ha de calcularse sobre los salarios devengados en la semana inmediatamente anterior, como lo expresa la norma, y nada tiene que ver el período regulador de los pagos con el nacimiento de ese salario ni con su prueba; que es imposible desconocer el texto claro de la ley so pretexto de consultar su espíritu; que la justicia no se logra introduciendo a la regla legal elementos que no contiene, como el período regulador de los pagos, que no se refiere a los hechos que generan el salario variable; que el señalamiento por el patrono de períodos de pago distintos a la semana, no altera ni el nacimiento del derecho al salario variable ni la manera de probar los hechos que lo generan; que los derechos de los trabajadores no se modifican por la aplicación exacta de la norma legal; y que es imposible someter la ley a interpretaciones para buscar la prueba de un hecho, el generador de salario variable, en uno que no lo contiene, el período regulador de los pagos.

"Por lo anterior, se vé que el Tribunal Superior de Medellín no incurrió en interpretación errónea, y que el cargo no puede prosperar".

En consecuencia, el cargo se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 29 de noviembre de 1975, en el juicio instaurado por Raúl Acevedo Ocampo contra Almacén Canguro y Cía. Ltda.

Sin costas.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TRABAJADOR OFICIAL

Excepción que contempla el Art. 5º del Dto. 3135 de 1968. Proposición jurídica incompleta

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D.E., mayo doce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 21).

Va a decidir la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto, por conducto de apoderado, por el **Instituto Colombiano de Construcciones Escolares** contra la sentencia de 14 de junio de 1976, proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** en el juicio ordinario de trabajo instaurado contra aquella entidad por **Rodrigo Salcedo Luna**, a fin de que se la condenase a pagarle las cantidades que resulten probadas por los conceptos de auxilio de cesantía, prima de navidad, lucro cesante e indemnización moratoria.

Según las voces del libelo, Salcedo Luna prestó servicios personales al Instituto demandado, mediante contrato de trabajo, desde el 1º de septiembre de 1969 hasta el 15 de mayo de 1970. Tales servicios los prestó como Ingeniero en las obras de construcción o sostenimiento ejecutadas por dicho Instituto y con una remuneración de $6.000.00 mensuales. Por medio de la Resolución 0872 de 15 de mayo de 1970 fue despedido injustificadamente. No le han sido cubiertas la cesantía, la prima de navidad y el lucro cesante demandados, no obstante haber agotado el procedimiento gubernativo el 11 de mayo de 1973.

El demandado se opuso a las aspiraciones del actor, aduciendo que la cesantía debe pagarla el Fondo Nacional del Ahorro; que no le ha pagado la prima de navidad, porque es al demandante a quien corresponde reclamarla y no lo ha hecho; y que no tiene derecho a indemnización por despido por haber sido un empleado de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, al responder los hechos aceptó como ciertos los tres primeros que afirman la vinculación por medio de contrato de trabajo, las actividades desarrolladas y el salario.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento —que lo fue el **Quinto Laboral del Circuito de Bogotá**— la dirimió, en sentencia de 15 de marzo de 1976, condenando al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares "ICCE" a pagar a Rodrigo Salcedo Luna las cantidades de $4.250.00 por concepto de cesantía; $4.000.00 por prima de navidad; $21.000.00 lucro cesante y $200.00 diarios, a partir del 5 de septiembre de 1970 y hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas, por concepto de indemnización moratoria, y las costas del juicio.

Mediante el fallo que es materia del recurso extraordinario, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar la apelación interpuesta por el apoderado de la parte demandada, confirmó la providencia del a quo e impuso al recurrente las costas del grado.

La impugnación

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia acusada, para que, en función de instancia, revoque la proferida por el Juzgado y, en su lugar, absuelva al Instituto demandado de todas las súplicas consignadas en el libelo primitivo.

A tal efecto, con invocación de la causal primera de casación, se formula el siguiente cargo.

Cargo único

Se enuncia así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de ley sustancial, por infracción directa, consistente en la falta de aplicación de los artículos 9º del Decreto Nº 2394 de septiembre 16 de 1968; 39 del Código Sustantivo del Trabajo; 20 del Decreto 528 de 1964; 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo; 1º (en el artículo 14 de los estatutos) del Decreto Nº 218 de febrero 20 de 1969; 1º y 6º del Decreto 1848 de 1969, siendo el caso de haberles dado efectiva aplicación".

El censor transcribe las disposiciones que señala como infringidas e infiere de ellas la calidad de empleado público del demandante, la inexistencia de un nexo contractual laboral y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer "de los negocios originados en las decisiones que tome la administración".

A continuación, se expresa así:

"El H. Tribunal Superior, luego de sentar las premisas de que 'la entidad demandada es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación, como lo establece el Decreto 2394 de 1968' (página 78 al final); que el demandante trabajó a su servicio como Ingeniero V-27 de la Sección de Supervisión e Interventorías, nombrado por Resolución Nº 1201 de 4 de septiembre de 1969 (folio 78) y declarado insubsistente por Resolución Nº 0872 de 15 de mayo de 1970, concluye, con olvido absoluto de todas las normas citadas y transcritas y de imperiosa aplicación en este caso:

" 'Es incuestionable que el señor Rodrigo Salcedo Luna estuvo vinculado a la institución demandada mediante contrato de trabajo, por tratarse de un trabajador oficial' (folio 79, al final).

"C) a) Si el H. Tribunal, como era lo procedente, hubiese aplicado los artículos 9º del Decreto 2394 de 1968 y 1º (en el 14 de los Estatutos) del Decreto 218 de 1969, habría reconocido que el señor Rodrigo Salcedo Luna era un empleado público por pertenecer precisamente al Instituto Colombiano de Construcciones Escolares.

"b) Si hubiese aplicado los artículos 39 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto 1848 de 1949, habría llegado a la misma conclusión en vista de que el señor Salcedo Luna fue vinculado a la administración y separado de ella por una relación legal y reglamentaria como son las Resoluciones Nos. 1201 de 4 de septiembre de 1969 (folio 41) y 0872 de 15 de mayo de 1970 (folio 10) y nunca por un contrato de trabajo.

"c) Reconocida en esta forma la calidad de empleado público en la persona del señor Rodrigo Salcedo Luna, necesariamente habría concluido y dispuesto que, a la luz de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 20 del Decreto 528 de 1964, no era viable aplicar, como se suplicaba en la demanda, las normas laborales tanto del Código Sustantivo del Trabajo, como del Código de Procedimiento Laboral y de los Decretos y disposiciones que regulan las relaciones de los trabajadores particulares, sino las especiales para los empleados públicos y a través del procedimiento y regulaciones de la jurisdicción contencioso administrativa".

Cita algunos pasajes jurisprudenciales de esta Sala y remata la acusación así: "Por lo visto, y ateniéndome a las propias palabras de la H. Corte Suprema, no me cabe la menor duda de que en el presente momento se configura la infracción directa de la ley 'Cuando a un hecho que no se discute o debidamente probado "que el señor Salcedo fue empleado del ICCE, nombrado y removido por Resolución" se deja de aplicar la norma que lo regula'. (Casac. 28 de septiembre 51)".

El opositor observa que el cargo no señala como violadas disposiciones de carácter sustancial; que se edifica sobre supuestos fácticos distintos de los que encontró establecidos el fallador; y que la proposición jurídica no es completa por no haberse incluido los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 3135 de 1968 y 1º de la Ley 6ª de 1945.

Se considera

El Tribunal, con aplicación del Decreto 2394 de 1968, dedujo y tuvo como demos-

trado que el Instituo Colombiano de Construcciones Escolares "ICCE" es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Educación. Con fundamento en el inciso 1º del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil rechazó la confesión que se hizo en la respuesta a la demanda sobre la existencia del contrato de trabajo, pero con examen de la prueba documental y de la certificación expedida por el Gerente General del Instituto, tuvo como acreditado que el actor había prestado sus servicios en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, y a esa situación fáctica aplicó el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, ubicándola dentro de los casos de excepción que este ordenamiento contempla, para llegar a la conclusión final de que las relaciones entre las partes habían estado regidas por un contrato de trabajo, por haber tenido el demandante la condición de trabajador oficial.

Dijo el sentenciador:

Se halla demostrado plenamente, como se expresó anteriormente, que el demandante prestó sus servicios al INSTITUTO COLOMBIANO DE CONSTRUCCIONES ESCOLARES del 1º de septiembre de 1969 al 15 de mayo de 1970, o sea que aquéllos se iniciaron y fenecieron durante la vigencia del Decreto 3135 de 1968, cuyo artículo 5º establece que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, son empleados públicos, con excepción de los trabajadores de construcción y sostenimiento de las obras públicas que son trabajadores oficiales.

"Con arreglo al inciso 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a las funciones desempeñadas por el demandante, el doctor Julio Obregón Bueno, Gerente General de la entidad demandada, en certificación que obra al folio 37, expresa lo siguiente: 'Que durante el tiempo en que prestó sus servicios desarrollaba labores técnicas en las construcciones de este Instituto, tales como: estudio de prórrogas, obras adicionales, reajueste, chequeos de cálculos estructurales y cantidades de obras; medición de obras como muros, vigas, cimientos, desagües; verificación de la calidad de materiales a usar como: arenas, piedras, concretos, maderas, ladrillos; verificación de las resistencias de los concretos, materiales de relleno, estudios de los sitios para las construcciones, y todas las demás funciones inherentes a la Interventoría'.

"De acuerdo con las funciones desempeñadas por el demandante, cuya enumeración hace el Gerente de la entidad demandada en la nota antes transcrita, es incuestionable que el señor RODRIGO SALCEDO LUNA estuvo vinculado a la Institución demandada mediante contrato de trabajo, por tratarse de un trabajador oficial y encontrarse comprendido dentro de la excepción prevista en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, porque sus labores las desarrollaba en la construcción y sostenimiento de obras públicas. Establecido lo anterior, se procede a estudiar las peticiones contenidas en la demanda, así:"

Es evidente, pues, que la acusación, al negar al actor la calidad de trabajador oficial y afirmar la inexistencia del contrato de trabajo, parte de supuestos de hecho distintos de los que halló establecidos el ad quem y, de este modo, el camino escogido para el ataque resulta obviamente desacertado. Además, el litigio fue decidido por el Tribunal, como resalta de la transcripción hecha, con aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y esta norma —pilar fundamental de la providencia recurrida— no fue incluida en la acusación, como tampoco lo fueron las que consagran los derechos a cesantía, prima de navidad, lucro cesante e indemnización por mora reconocidos en el fallo. Fluye así, con fuerza incontrastable, que la acusación no ha sido formulada a través de una proposición jurídica completa, y se pone de relieve, por esta otra razón, su total ineficacia, pues de nada serviría al censor demostrar que las normas que cita no fueron aplicadas si no atacan, ni menos destruye, el verdadero soporte jurídico del fallo y que consiste en la aplicación que se hizo del mencionado precepto del Decreto 3135 de 1968, sobre presupuestos fácticos también inatacados.

El cargo es, por tanto, inestimable y se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada,

proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de junio de 1976.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS

El Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es un establecimiento público. Inexistencia del contrato de trabajo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo doce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Acta Nº 22).

En el proceso instaurado por Romelia Villa García contra el Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en sentencia proferida el nueve (9) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) revocó en todas sus partes la de primera instancia pronunciada el diez y nueve (19) de mayo del mismo año, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en que condenó a la demandada por los siguientes conceptos:

"Condenar al HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CUCUTA, representado por su Director Dr. Alberto Duarte Contreras, a pagar a la Dra. ROMELIA VILLA GARCIA, los siguientes valores: a) La suma de SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS CON 50/100 ($622.50) por concepto de salarios insolutos. b) La suma de OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 13/100 ($8.994.13) valor del recargo por el tiempo nocturno durante todo el tiempo servido. c) La suma de CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON 92/100 ($51.451.92) valor de las horas extra-nocturnas trabajadas durante toda la relación contractual laboral. d) La suma de CINCO MIL CIENTO DOS PESOS CON 64/100 ($5.102.64) valor de las horas extradiurnas trabajadas y no canceladas. e) La suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON 16/100 ($5.446.16) valor de los dominicales y festivos laborados. f) La suma de CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON 63/100 ($5.653.63) valor del reajuste de las primas de navidad de los años de 1971 y 1972. g) La suma de TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON 02/100 ($3.881.02) mayor valor del auxilio de cesantía. h) La suma de DOS MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS ($2.925.00) valor de las vacaciones causadas y no disfrutadas. i) La suma de SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON 94/100 ($7.259.94), valor de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. j) La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS ($196.00) diarios a partir del 20 de mayo de 1973 y hasta cuando se realice el pago total de lo adeudado, como indemnización por la mora en el pago de los salarios, indemnizaciones, prestaciones adeudados. 2º Declarar probada parcialmente la excepción de pago propuesta. 3º Condenar en costas a la parte demandada".

El demandante interpuso recurso de casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, la que fue replicada oportunamente, solicitando se case totalmente la sentencia impugnada y en sede de instancia confirme el literal a) del ordinal 1º del Fallo de primer grado y modifique los literales b), c), d), e), f), g), h), i) y j) del mismo ordinal.

Lo anterior consta en la demanda correspondiente visible del folio 2 al 22 de este cuaderno.

Formula el apoderado del demandante dos cargos, así:

Primer cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el Art. 60 del Dcto. 528 de 1964, parcialmente modificado por el Art. 7º de la Ley 16 de 1969, por aplicación indebida de los Arts. 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135, todos de 1968; 1º, 2º, 5º, y7º de la Ley 57 de 1926; 1º y 2º de la Ley 72 de 1931; 1º, 3º, 5º, 7º, 11º, 12º. y 17 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 4º, 20, 26, 28, 31, 40, 43, 48 y 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, con los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º del Decreto 1160 de 1947 y con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949; 1º y 5º de la Ley 64 de 1945, y 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en relación con el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946. La violación de las anteriores disposiciones se produjo por vía indirecta, a consecuencia del manifiesto error de hecho en que incurrió el sentenciador al no dar por demostrado, estándolo, que la demandante estuvo vinculada al demando por contrato de trabajo. PRUEBAS MAL APRECIADAS. 1. La demanda que dio origen al proceso (fl. 47 a 56). 2) La proposición de excepciones (fls. 62 a 63). 3) Los documentos que obran a folios 2, 3 y 6 del cuaderno principal. 4) Los documentos que obran a folios 66 y 70. DEMOSTRACION DEL CARGO: La decisión absolutoria del Tribunal se basó en la consideración fundamental de que los servicios prestados por la demandante al Hospital demandado no estuvieron regidos por un contrato de trabajo sino por una situación legal y reglamentaria, según se desprende de los documentos que aparecen a folios 2, 3, 6, 66 y 70 del cuaderno principal. El sentenciador hace un suscinto análisis de tales piezas, después de aludir a la demanda y a las excepciones, a la luz de lo dispuesto en los artículos 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, para respaldar su conclusión de que la demandante fue una empleada pública y que por lo tanto no había lugar a examinar ninguna de las pretensiones propuestas. Ocurre, empero, que al proceder en esa forma erró el sentenciador y de manera manifiesta puesto que se apartó de los derroteros que las propias partes le fijaron, sometió a examen un asunto que no le habían propuesto y lo decidió en contra de lo que ellas le plantearon. Esto aparece muy claro en la demanda que dio origen al proceso, en el cual se invocó el contrato de trabajo como base de las peticiones, y en la proposición de excepciones, ya que no hubo respuesta al libelo propiamente dicho, las que igualmente se fundaron en el contrato y que fueron admitidas en la primera audiencia de trámite, cuando se propusieron, para decidirlas en el fallo. En el acta correspondiente, visible a folios 62 a 64, se leen las siguientes manifestaciones de la parte demandada: 'Propongo las excepciones de pago y prescripción y para acreditarlas manifiesto que el Hospital le entregó personalmente a la demandante el valor de sus prestaciones sociales días antes de la formulación de la demanda. La demandante fue CONTRATADA desde el 8 de agosto de 1971 como Bacterióloga nocturna con un sueldo de $2.000.00 y fue retirada del servicio el 31 de diciembre de 1972. Ella cumplía una jornada normal y no es cierto que estuviese laborando permanentemente porque en muchas ocasiones hubo necesidad de irla a buscar a su habitación por intermedio de los choferes de las ambulancias. El señor Jesús María Sepúlveda, Síndico del Hospital conoce muy a fondo las condiciones del CONTRATO celebrado con la demandante y lo mismo el doctor Carlos Parada Rojas, actual Jefe del Departamento de Patología'. (El destacado es mío). De antigua data ha dicho la Corte que cuando las partes están de acuerdo en la existencia del contrato de trabajo, cuando no hay controversia al respecto, el sentenciador debe darlo por sentado sin que le sea dable investigar esa cuestión no debatida. En estas condiciones, resulta claro que el Tribunal ha debido dar por sentado el contrato que ambas partes le invocaron en apoyo de sus pretensiones, y que al investigar este aspecto y resolverlo con base en los restantes elementos de convicción, que no ostentan la misma virtualidad aisladamente o en conjunto, incurrió en el error de hecho manifiesto que se ha puntualizado. Esto implica

que hubo una mala apreciación de todas las pruebas singularizadas: de la demanda y del acta que recoge la formulación de excepciones, que constituye confesión judicial, las cuales le señalaban un derrotero definido que el juzgador desentendió; y de los documentos de folios 2, 3, 66 y 70, en cuanto se les examinó en relación con la existencia del contrato de trabajo y se les asignó fuerza de convicción suficiente para invalidar los planteamientos de ambas partes, cuando no inciden en tal aspecto ni se aportaron con semejante finalidad; como la resolución de nombramiento y el acta de posesión (folios 2 y 3), que lo mismo pueden darse en el empleado público que en el trabajador oficial; como la nota de folio 6, de cuyo contexto se sigue la existencia de un convenio entre las partes para modificar condiciones de trabajo tal como acaece en la relación contractual; y como los documentos de folios 66 y 70, que aunque registraran la existencia de un establecimiento público, como lo entendió el Tribunal, no tenían la virtualidad de destruir o dejar sin efecto los planteamientos de las partes porque ninguna ley, ni en concreto la Reforma Administrativa de 1968, excluye la hipótesis del contrato de trabajo con los establecimientos públicos. Por este yerro ostensible el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, todos, los dos primeros en cuanto definen lo que es un establecimiento público y el último que contiene la clasificación de los servidores del Estado en empleados públicos y trabajadores oficiales, al concluir que no había contrato de trabajo, cuando en esa preceptiva no hay norma que pugne con los planteamientos afirmativos de las partes como ya se observó. Además, este error manifiesto condujo a la infracción de las normas legales que amparan los derechos de la demandante como trabajadora oficial y que le sirven de fundamento a las pretensiones que en concreto formuló; el artículo 2º de la Ley 65 de 1946 en relación con el 6º del Decreto Reglamentario 1160 de 1947 que contiene los elementos integrantes de la noción de salario, que no fue observado por el patrono demandado para la liquidación de los derechos y prestaciones de la trabajadora que más adelante se puntualizan. Los artículos 24 de la Ley 83 de 1931 y 1º y 5º de la Ley 6ª de 1945, en relación con el artículo 26 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, que ordenan el pago de la remuneración convenida conforme a la propia Ley. Los artículos 17º de la Ley 6ª de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946 y 1º del Decreto 2567 de 1946, que regulan la forma como ha de reconocerse y pagarse el auxilio de cesantía, los Arts. 2º de la Ley 72/31, 12 de la Ley 6ª/45 y 5ª de la Ley 64/46, relativas al derecho de vacaciones. Los Arts. 1º, 2º, 5º y 7º de la Ley 57 de 1926, 1º, de la Ley 72 de 1931 y 7º de la Ley 6ª de 1945, que consagran la protección del descanso dominical y en días festivos y ordenan pagar remuneración adicional para cuando se trabajan. El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 que consagran la condición resolutoria de estos contratos de trabajo, con indemnización de perjuicios, en relación con los artículos 28, 31, 40, 43, 48 y 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, que desarrollan el concepto de estabilidad laboral, establecen el llamado período presuntivo y determinan el valor de la indemnización por ruptura del contrato, y en relación con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que prevé la indemnización moratoria para el caso de no pago oportuno de los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones de carácter laboral que se adeudan al trabajador a la terminación del vínculo. De consiguiente, demostrado como está el cargo, con todo respeto solicito que en aplicación adecuada de la anterior preceptiva se proceda, en sede de instancia, a ordenar el pago de los salarios insolutos, del recargo por trabajo nocturno, de las horas extras diurnas y nocturnas, de los dominicales y festivos laborados, del reajuste de las primas de navidad, del reajuste de la cesantía, de la compensación de vacaciones, de la indemnización por despido injusto y de la indemnización moratoria, derechos estos que fueron reconocidos por el Juez **a quo** con base en las comprobaciones de la inspección ocular (fls. 72 a 76) y en los documentos auténticos que obran a folios 19 a 35, 37 y 38 del cuaderno principal, corroborados con los testimonios visibles a folios 77 a 85. Todo este abundante acervo probatorio fue objeto de cuida-

doso análisis en la sentencia de primer grado, cuya decisión es atinada en términos generales y solamente adolece de una equivocación, que motivó la apelación de la demandante, consistente en haber dejado de incluir en el cómputo del salario base para liquidar todos los reconocimientos la remuneración devengada por la trabajadora a título de porcentajes sobre exámenes de laboratorios practicados a los pensionados de la institución enjuiciada. Por ello, he pedido en el alcance de la impugnación que se modifique en tal sentido el fallo de primera instancia, ya que este salario se acreditó también en la inspección ocular pero para el caso de que la H. Corte no lo considere así he planteado como aspiración subsidiaria la de que se confirme dicha decisión inicial".

El opositor con relación al cargo anterior replicó:

"CONSIDERACIONES: Está en un error el recurrente cuando piensa que el sentenciador no puede investigar de oficio la existencia del contrato de trabajo, y que solo puede hacerlo cuando las partes le plantean este punto expresamente. Por el contrario la existencia del contrato es un presupuesto de la acción que debe estudiar previamente el juzgador y lo cual depende no de la voluntad de las partes sino de la naturaleza misma de la relación en armonía con las disposiciones legales. Así lo tiene decidido la Corte Suprema de Justicia en diferentes fallos, entre los cuales se puede citar el de mayo 28 de 1975, con ponencia del Magistrado Alejandro Córdoba Medina en el juicio de Guillermo de Jesús Vivares Montes contra la Central de Transportes, Estación Cúcuta y el Municipio de Cúcuta.... Con las transcripciones de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que acabamos de ver se puede concluir fácilmente que el fallador de instancia sí estaba en su derecho y en su deber de investigar la naturaleza de la relación laboral y en este caso concreto de averiguar si la relación entre Romelia Villa García y el Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta estaba gobernada por un contrato de trabajo o era una situación legal y reglamentaria. Eso fue lo que hizo el Tribunal Superior de Cúcuta en su proveído de 9 de diciembre de 1975, en donde concluyó que la demandante era una empleada pública. Es pues indiferente, en este caso, que el asunto no haya sido objeto de debate especial entre las partes pues de todas maneras el Tribunal estaba obligado a investigar este aspecto fundamental, que constituía y constituye un presupuesto de la acción, tal como lo dice la Jurisprudencia anteriormente transcrita. Ahora bien, conviene dejar sentado de una vez por todas que no es cierto que la demandada hubiere aceptado, ni siquiera tácitamente la existencia del vínculo contractual con la demandante, porque la proposición de excepciones que obran a folios 62 del cuaderno principal no implica de ninguna manera una confesión al respecto, ni tampoco este aspecto tan fundamental, podía ser objeto de confesión ya que la naturaleza del vínculo contractual no depende ni podía depender de la voluntad de las partes, sino del cumplimiento de los requisitos fijados en la ley. Cuando el fallador de segunda instancia hace referencia a los documentos de folios 2 y 3 del cuaderno principal, no era que les estuviera dando un valor definitivo en la decisión de este punto, pero si constituye, y así lo entendió el Tribunal un serio indicio sobre la verdadera naturaleza de la relación laboral entre las partes. El documento de folios 6 del cuaderno principal tampoco es una prueba contra mi representada, pues el hecho de que en un momento dado el Hospital haya estado dispuesto a buscar un arreglo amistoso, tampoco desvirtúa la verdadera naturaleza de la relación laboral, especialmente si se tiene en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte ni siquiera la voluntad de las partes puede convertir en contractual una situación que por ley es de origen legal y reglamentario. Por consiguiente está equivocado el recurrente cuando piensa y asegura que estas pruebas acabadas de mencionar estuvieron mal apreciadas por el sentenciador, pues éste lo que hizo fue darles el valor real que ellas tenían. Dentro de este orden de ideas, el sentenciador entró a darle aplicación a los artículos 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135 todos ellos de 1968, los dos primeros en cuanto definen lo que es un establecimiento público y el último que se refiere a la clasi-

ficación de los servidores del Estado en empleados públicos y trabajadores oficiales, concluyendo que no existía contrato de trabajo sino una relación legal y reglamentaria. Aanalizó el fallador de segunda instancia los documentos que obran a folios 66 y 70 del proceso, para concluir que de acuerdo con ellos el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es una Institución de Asistencia Social ajena a todo fin de lucro, regida por la Junta Municipal de Beneficencia, creada por el Acuerdo Municipal Nº 7 de 9 de abril de 1947, en desarrollo del Decreto Ejecutivo Nº 1815 de octubre de 1937, por el cual se determina la manera de constituir las Juntas Directivas de los Hospitales. En efecto, las mencionadas disposiciones legales dicen así... ... . Por consiguiente no se puede sostener válidamente que hubo indebida aplicación de los artículos 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135 todos de 1968, sino que por el contrario el Tribunal les dio la debida aplicación, declarando que el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es un establecimiento público y la señorita Romelia Villa García una empleada pública, aplicando la norma general del artículo 5º del Decreto 3135 de que todas las personas que presten servicios en **Establecimientos Públicos** son empleados públicos, mientras no se demuestre lo contrario, como sucedió en el presente juicio. En estas condiciones se imponía, como lo hizo el Tribunal, la absolución de la demandada".

Se considera

La afirmación del recurrente referente a que cuando las partes en litigio aceptan la existencia del contrato de trabajo, en el caso de servicios personales a favor del sector público, al fallador le está vedado estudiar si existió o nó dicho contrato la Sala no la comparte, pues considera que se trata de definir una situación jurídica en que los acuerdos de los contratantes no pueden prevalecer contra lo dispuesto por las normas legales —artículo 55 Decreto 3135, 5, Decreto 1050, 4 Ley 6ª de 1945—. Sobre lo dicho existe jurisprudencia de esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 define que constituye establecimientos públicos así:

"Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa; y c) Patrimonio independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 5º indica cuales son empleados públicos y quienes trabajadores oficiales. La mencionada norma dice que son empleados públicos quienes prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superitendencias y Establecimientos Públicos; que sinembargo, los trabajadores de construcción y sostenimiento de Obras Públicas son trabajadores oficiales, excepto los que los estatutos de dichas empresas precisen que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas con contrato de trabajo.

En el parágrafo segundo del artículo antes mencionado se establece que quienes presten servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, excepto los que los estatutos de dichas empresas precisen que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados por empleados públicos.

Visto lo anterior la Sala procede a estudiar las pruebas que afirma el recurrente que fueron mal apreciadas por el **ad quem** y de las cuales éste consideró que la demandante no estuvo vinculada al demandado por medio de un contrato de trabajo.

Al folio 66 del cuaderno principal obra copia expedida en legal forma de la Resolución Nº 19 de 1947, de la Junta Municipal de la Beneficencia del Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta, decretada como prueba a favor de la parte demandante, donde consta expresamente que dicha Junta fue creada por el artículo 2º del Acuerdo Municipal Nº 7 de abril 9 de 1947 y "en uso de las facultades legales que le confiere" y de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 1815 de 1937, procede a dictar el estatuto orgánico de

dicho Hospital, el cual someterá a la aprobación del Ministerio de Higiene.

El Decreto 1815 de octubre 18 de 1937 determina la manera de constituir las Juntas Directivas de los Hospitales en razón de su origen cuando establece:

"DECRETO NUMERO 1815 de octubre 18 de 1937. ARTICULO 1º. Las Juntas Directivas de que trata el ordinal b) del artículo 1º del Decreto 1425, de agosto 2 de 1937, serán constituidas, teniendo en cuenta el origen de la Institución, de la siguiente manera: a) Si se trata de un hospital establecido en virtud de donación, herencia o legado, puede el donante o el testador determinar quiénes han de constituir su primera Junta Directiva, y trazar las normas de cómo se han de renovar y reintegrar en lo futuro. En caso de silencio al respecto, la facultad de consitutir la Junta Directiva, corresponderá al Poder Ejecutivo; b) Si la Institución tiene su origen en una Ordenanza o en un Acuerdo Municipal corresponde a la Asamblea Departamental o al Concejo Municipal, según el caso, indicar las personas que deban constituir la Junta Directiva del Hospital. Esta Junta elaborará los Estatutos. c) Si la Institución debe su origen a la caridad pública, corresponde a las personas que han contribuido a su fundación, nombrar la Junta Directiva, para lo cual se reunirán en Asamblea General de socios. Corresponde a la Junta Directiva, como en el caso anterior, elaborar los Estatutos, si las personas que contribuyeron a la fundación del Hospital no existen, o se hallan ausentes, corresponderá al Concejo Municipal del lugar, constituir la Junta Directiva. ARTICULO 2º. Los estatutos elaborados en la forma indicada en el artículo anterior deberán ser sometidos a la censura del Gobierno. ARTICULO 3º. Este decreto regirá treinta días después de su publicación en el Diario Oficial".

La resolución antes mencionada —Nº 19 de 1947— fue aprobada por el Ministerio de Higiene —ver folio 70 v. Cdno. 1—, por medio de la Resolución Nº 196 de noviembre de 1947, decretada como prueba a favor del Hospital demandante, en cuyo texto aparece que fue dictada de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 4 del Decreto 1858 de 1938, norma que en sus ordinales a) y b) preceptúa:

"ARTICULO 4º. Son funciones del Departamento de Asistencia Social: a) Nombrar los representantes que debe tener el Gobierno Nacional en las Juntas de Beneficencia, en las Juntas Directivas de todos los hospitales y en los demás establecimientos e instituciones de asistencia pública y de utilidad común del país. Dichos representantes tendrán voz y voto en las deliberaciones de las mencionadas juntas. b) Aprobar o improbar los estatutos y reglamentos de las instituciones anteriormente nombradas, teniendo en cuenta que dichas instituciones deben cumplir con las normas que el Gobierno les fija de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 108 de 1936, con las demás disposiciones vigentes y con la función social que les corresponde".

A los folios 2, 3 y 6 obran documentales decretadas como pruebas a favor de la parte actora, consistente en su orden, en la Resolución Nº 460 de agosto 27 de 1971, emanada del Hospital demandado, mediante la cual se nombra a la demandante señorita Romelia Villa García como Bacterióloga del mencionado Hospital; en el Acta de 8 de agosto de 1971 de posesión de la señorita Villa García ante el Director del Hospital mencionado, en el cargo a que fue designada; y en carta de fecha diciembre 29 de 1972 dirigida a la demandante por el Hospital, referente a reclamaciones laborales de ésta. Del texto del Decreto 1815 de 1937, aparece claramente establecido que las Juntas Directivas de los Hospitales serán integradas en consideración a su origen y en su ordinal b) del artículo primero determina que cuando lo tienen en una ordenanza o en un Acuerdo Municipal corresponde a la Asamblea o al Concejo respectivamente, indicar las personas que deban constituir su Junta Directiva, y que ésta a su vez elaborará sus estatutos.

Como antes se acreditó, según el propio texto de la Resolución Nº 19 de 1947, la Junta Directiva del Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta, fue creada por Acuerdo Municipal y ésta procediendo en uso de sus atribuciones legales y de conformidad con el Decreto antes estudiado —D.1815/37—, o sea que por tener origen municipal la creación del hospital, elaboró sus estatutos, los que fueron aprobados por el Ministerio de Higiene por medio de la Resolución Nº 196 de 1947, con lo que se com-

prueba que el Estado reconoció dicho origen municipal del demandado, contenido además en la propia Resolución Nº 19 aprobatoria de los estatutos, con todo lo cual se establece plenamente que la parte demandada constituye un establecimiento público. Por otra parte los hospitales no son empresas o establecimientos comerciales.

La resolución de nombramiento de la demandante como Bacterióloga del Hospital —fl. 3— y el acta de posesión correspondiente —fl. 2—, fueron debidamente apreciadas por el ad quem en su sentencia al expresar que con las otras pruebas aportadas al proceso se configuraba la calidad de empleada pública de la demandante, lo cual a juicio de la Sala es acertado por cuanto los servicios prestados por la Dra. Villa García fueron a favor de un establecimiento público y no se allegaron al proceso sus estatutos para demostrar que fueron prestados mediante vínculo contractual laboral.

La carta que se dice por el recurrente que fue mal apreciada por el ad quem al considerar que con ella se probaba la existencia del contrato de trabajo, no tiene importancia alguna pues con ella no se prueba ni lo uno, ni lo otro, frente a lo expuesto anteriormente cuando se expresó que los acuerdos entre las partes no pueden prevalecer cuando se trata de servicios a establecimientos públicos.

La demanda que dio origen al proceso no fue equivocadamente apreciada por el ad quem, como expresa el impugnador, ya que en la sentencia no aparece que se le hubiera dado un valor distinto al que ésta tiene en el proceso y ella fue apreciada correctamente, sin que el casacionista hubiera demostrado lo contrario, por cuanto el haber demandado con base en un contrato de trabajo y el fallador hubiera negado su existencia no implica su no apreciación correcta por parte de éste, además si se tiene en cuenta lo manifestado en dicha demanda al referirse a los hechos 18 y 19 de la misma, cuyo texto es el siguiente:

"18º. El Hospital San Juan de Dios de Cúcuta funciona de acuerdo a su Estatuto Orgánico adoptado por Resolución Nº 19 de 1947 por la Junta Municipal de Beneficencia de dicho Hospital, entidad esta creada por medio del artículo 2º del Acuerdo Municipal Nº 7 de abril 9 de 1947 de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nº 1815 de 1937. Por medio de la Resolución Nº 196 de noviembre 25 de 1947, el Departamento de Asistencia Pública y Previsión Social del Ministerio de Higiene (Hoy de Salud Pública), aprobó la Resolución Nº 19 de 1947 que adoptó el Estatuto Orgánico. 19º. El Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es una entidad organizada como una fundación de beneficiencia pública, con patrimonio propio e independiente de los bienes municipales, con autonomía administrativa, dirigido por una Junta Municipal de Beneficencia y un médico Director y recibe aportes en dinero de la Beneficencia Departamental, la Nación, Departamento y Municipio".

Respecto al hecho afirmado por el casacionista de la mala apreciación por parte del Tribunal de las excepciones de pago y prescripción propuestas por el demandado, la Sala observa que lo sucedido fue que se dejaron de apreciar, pero nó que lo hubieran sido equivocadamente.

Por último se observa que en el proceso no se presentó la prueba de los estatutos del establecimiento público Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta, de donde era posible determinar que actividades podían ser desempeñadas por personas vinculadas por contrato de trabajo y conocer si la actora se encontraba en tal situación —artículo 5 Decreto 3135 de 1968—.

Por lo antes expuesto el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, parcialmente modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por aplicación indebida de los artículos 5º del Decreto Extraordinario 1050, 7º del Decreto Extraordinario 3130 y 5º del Decreto Extraordinario 3135, todos de 1968; 1º, 2º, 5º, y 7º de la Ley 57 de 1926; 1º y 2º de la Ley 72 de 1931; 1º, 2º, 5º, 7º, 11º, 12º y 17º

de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 4º, 20, 26, 28, 31, 40, 48 y 51 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, con los artículos 1º a 6º del Decreto 1160 de 1947 y con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949; 1º y 5º de la Ley 64 de 1946; y 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, en relación con el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946. La violación de las disposiciones citadas se produjo por vía indirecta, a consecuencia de errores de hecho que se concretan así: a) Dar por demostrado, no estándolo, que el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es un Establecimiento Público. b) Dar por demostrado, no estándolo, que fue en calidad de empleada pública que la demandante le prestó servicios personales al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta. c) No dar por demostrado, estándolo, que los servicios que la demandante le prestó al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta estuvieron regidos por un contrato de trabajo. PRUBAS MAL APRECIADAS. 1º. Documentos que obran a folios 66 a 70 del cuaderno principal. 2º. La demanda que dio origen al proceso. 3º. Documentos que obran a folios 2, 3 y 6 del cuaderno principal. 4º Confesión contenida en la proposición de excepciones de la parte demandada. DEMOSTRACION DEL CARGO. Con base en los documentos de folios 66 y 70 cuyo contenido transcribe, el Tribunal concluye que el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es una entidad autónoma y descentralizada, con personería propia y patrimonio independiente, que encaja dentro de la noción legal de establecimiento público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 y el artículo 7º del Decreto 3130 del mismo año. No obstante, en los referidos documentos solamente consta que la 'Junta Municipal de Beneficencia del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta' adoptó como estatuto orgánico de la entidad, mediante la Resolución Nº 19 de 1947 cuya copia auténtica obra a folio 66, al que para tal fin ha sido elaborado por la Honorable Junta de Beneficiencia (sic) y dispuso someterlo a la aprobación del Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Higiene; y que 'El Departamento de Asistencia Pública y Previsión Social del Ministerio de Higiene' aprobó la Resolución anterior mediante Resolución Nº 196 de 1947, cuya fotocopia auténtica obra a folio 70. En ninguno de los referidos instrumentos ni en otra pieza del informativo, se alude al actor creador del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta, tampoco se conoce el acto creador de la Junta de Beneficencia ni se presentó el estatuto orgánico que dicha entidad adoptó para el Hospital. En estas condiciones lo único que puede darse por establecido es que el Hospital demandado es una persona jurídica vinculada a la administración municipal, tal como se afirmó en la demanda, sin que realmente haya base para ubicarlo dentro de alguna de las categorías que en concreto contempla la Reforma Administrativa de 1968. Menos se puede concluir que es un Establecimiento Público, organismo cuya primera característica, conforme a las propias disposiciones citadas por el sentenciador, es la de ser una creación legal. Al efecto, los Establecimientos Públicos reza el artículo 5º del Decreto Extraordinario 1050, son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, y que reunen las siguientes características: a) Personería Jurídica; b) Autonomía Administrativa; y c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. Y el artículo 7º del Decreto Extraordinario 3130 contiene la misma exigencia básica al asignarle el carácter de Establecimientos Públicos a las Fundaciones e Instituciones de Utilidad Común existentes, creadas por la ley o autorizadas por la misma. De consiguiente, como el Hospital demandado no fue creado por la ley, y se desconoce la naturaleza jurídica del acto que lo creó, es un error ostensible de la sentencia gravada asignarle la calidad de establecimiento público en sentido estricto. El yerro que se deja apuntado llevó al fallador a concluir que la trabajadora había sido una empleada pública, por aplicación del artículo 5º del Decreto Extraordinario 3136 de 1968 que sienta ese principio general respecto a los servidores de los establecimientos públicos a menos, ha dicho la Corte en la exégesis del precepto, que prestan servicios en la construcción y sostenimiento de

obras públicas, o que desempeñen sus funciones en actividades que hayan sido señaladas por los estatutos como suceptibles de ser desempeñadas mediante contrato de trabajo. Pero en la sentencia se advierte, además, que los servicios prestados por la demandante no se referían a la construcción de obras públicas, que como no se aportaron los estatutos se desconoce si las actividades de bacterióloga de la demandante podían ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, que ésta fue nombrada mediante Resolución Nº 460 de 27 de agosto de 1971, proferida por el Médico Director del Hospital; cuya copia aparece al folio 3º, que a folio 2 se encuentra copia del acta de posesión de la trabajadora y que a folio 6 está una nota dirigida en diciembre 29 de 1972 por el Síndico-Administrador del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta al doctor Augusto Carreño C. en la cual se refiere a una reclamación formulada a nombre de la señorita Romelia Villa García y le informa de una charla directa con la interesada y de la posibilidad de un arreglo amistoso, para lo cual le ofrecen el reconocimiento de dos horas diarias y esperan su aceptación para someterlo a la aprobación de la Junta Directiva. Pero estos últimos documentos tampoco dan pie para concluir que la demandante era empleada pública ya que tanto el nombramiento por Resolución como la firma de un acta de posesión son hechos indiferentes, que no inciden en la calificación del vínculo jurídico. Sobre este aspecto, cabe recordar que la Corte siempre ha rechazado el criterio formalista que pretende inferir la existencia o inexistencia del vínculo contractual de la forma como el trabajador ingresa al servicio público. Para tal efecto, enseña la doctrina, importa poco que el ingreso se haga mediante acto administrativo formal, informal o de hecho. Y en cuanto a la nota de folio 6 las propias expresiones utilizadas por el representante legal de la demandada lo que revelan es lo contrario: que las relaciones entre las partes no se desarrollan mediante imposiciones u órdenes del patrono a la trabajadora, como acaece con el empleado público, sino que 'arreglo amistoso', ofrecimiento patronal y aceptación de la trabajadora para modificar las condiciones de trabajo, tal como sucede cuando hay contrato. Por manera que también estas pruebas fueron mal apreciadas en cuanto se pretendió encontrar en ellas fundamentos para confirmar la conclusión inicial sobre el carácter de empleada pública de la demandante, siendo así que dos de las tres son indiferentes a tal cuestión y la tercera más bien constituye serio indicio en contrario, o sea, de que el vínculo fue contractual. Pero las consideraciones del Juez ad quem y su conclusión sobre inexistencia del vínculo contractual entrañan un error todavía más protuberante y un desconocimiento de la constante juprisprudencia de la Corte, de antigua data, en el sentido de que esa investigación solamente cabe cuando hay controversia al respecto y es impertinente cuando el patrono demandado no pone reparos ni suscita la cuestión (...) Si desde un punto de vista estrictamente procesal las afirmaciones anteriores excluyen toda investigación sobre el vínculo contractual tan diáfanamente aceptado, por cuanto circunscriben la labor del juzgador a los puntos de controversia que las partes lo sometieron, de otro lado hay aquí una verdadera confesión judicial que el sentenciador no tuvo en cuenta al examinar la relación jurídica, aunque sí aludió a las excepciones en otro pasaje de la decisión. Y no cabe duda que esta omisión constituye una flagrante equivocación suficiente, por sí sola, para determinar el quebrantamiento de la decisión, ya que de haber apreciado correctamente esta prueba hubiera tenido que concluir, forzosamente, que el contrato de trabajo entre las partes estaba acreditado de manera fehaciente. Estos errores manifiestos en que incurrió el Tribunal en la apreciación de unos documentos auténticos y de una confesión judicial, como lo exige el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, lo llevaron a dar por demostrado, no estándolo, que el HOSPITAL San Juan de Dios de Cúcuta es un Establecimiento Público; a dar por demostrado, no estándolo, que la demandante fue una empleada pública; y a no dar por demostrado, estándolo, que los servicios prestados por la demandante al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta estuvieron regidos por un contrato de trabajo. Como consecuencia de estos errores se aplicaron indebidamente las normas sin-

gularizadas y se revocaron las condenas impuestas por el juez a quo absolviendo en su lugar a la demandada. Por ello, demostrados como están, con todo respeto reitero mi solicitud de que se infirme el fallo gravado y se proceda en la forma indicada en el alcance de la impugnación".

El opositor en relación con el anterior cargo replicó:

"El recurrente pretende en este segundo cargo demostrar que el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta no tiene el carácter de establecimiento público, pero la verdad es otra si nos atenemos al texto del artículo 5º del Decreto Extraordinario 1050 en concordancia con el 7º del Decreto Extraordinario 3130, ambos de 1968, y que dicen así:..... En efecto, según la norma primeramente citada los establecimientos públicos son organismos creados por la ley que reúnen las características de tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. No puede negarse al origen legal del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta, en armonía con los documentos de folios 66 y 70 del cuaderno principal según los cuales, la entidad fue creada por el artículo 2º del Acuerdo Municipal Nº 7 de abril de 1947, en uso de las facultades conferidas por el Decreto Ejecutivo Nº 1815 de 1937, la Resolución 19 de 1947 de la misma Junta Municipal de Beneficiencia, aprobada a su vez por la Resolución Nº 196 de 1947 del Departamento de Asistencia Pública y Previsión Social del Ministerio de Higiene, en uso de la facultad conferida por el artículo 4º del Decreto 1858 de 1938 y por medio de la cual se imparte aprobación a la resolución 19 de la Junta Municipal de Beneficencia. Los textos legales acabados de mencionar, tanto de orden nacional como municipal no dejan la menor duda sobre el origen legislativo del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta. Dichas disposiciones fueron las que le dieron origen legal a la Entidad de que veníamos hablando, la que a su vez tiene su personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente tal como rezan el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 y lo reconoce el recurrente (folio 18 del Cuaderno Nº 6). Pero además el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta responde también a la definición del artículo 7º del Decreto 3130 de diciembre 26 de 1968 que le da expresamente el carácter de ESTABLECIMIENTO PUBLICO a las Instituciones o Fundaciones de Utilidad Común, entre las cuales se encuentran los Hospitales por su misma naturaleza y por los fines de Asistencia Social sin ánimo de lucro que desarrollan. Por lo tanto, carece de fundamento la tesis sostenida por el recurrente de que el Hospital demandado no tiene origen legal y completamente falso que se desconozca la naturaleza jurídica del acto que lo creó, el cual puede ser del Orden Nacional, Departamental o Municipal, pues en última instancia tiene su origen en la constitución y la ley. Por consiguiente no se ha producido la violación de las normas legales tantas veces citadas, porque ellas fueron debidamente aplicadas y por lo tanto no puede negarse la calidad de establecimiento público al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta, ni la calidad de empleada pública de la demandante. En estas condiciones es perfectamente lógica la revocatoria de las condenas despachadas en la primera instancia y la absolución total de la parte demandada, en la forma como lo hizo el Tribunal Superior en su providencia acusada. Por lo anterior solicito muy respetuosamente a la H. Corporación no casar la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta arriba mencionada".

Se considera

Como lo sostuvo la Sala al estudiar el primer cargo "la afirmación del recurrente referente a que cuando las partes en litigio aceptan la existencia del contrato de trabajo, en el caso de servicios personales a favor del sector público, el fallador le está vedado estudiar si existió o nó dicho contrato la Sala no la comparte, pues considera que se trata de definir una situación jurídica en que los acuerdos de los contratantes no pueden prevalecer contra lo dispuesto por las normas legales —artículo 55 Decreto 3135, 5 Decreto 1050, 4 Ley 6ª de 1845. Sobre lo dicho existe jurisprudencia de esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El recurrente afirma que la violación de las normas invocadas produjo por vía indirecta y a consecuencia de los errores de hecho consistentes: a) Dar por demostra-

do, no estándolo, que el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es un establecimiento Público. b) Dar por demostrado, no estándolo, que fue en calidad de empleada pública que la demandante le prestó servicios personales al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta. y c) No dar por demostrado, estándolo, que los servicios que la demandante le prestó al Hospital San Juan de Dios de Cúcuta estuvieron regidos por un contrato de trabajo".

La Sala procede a analizar las pruebas que afirma el casacionista que fueron mal apreciadas, así:

De los documentos que obran a los folios 66 y 70 del Cuaderno Principal la Sala manifiesta respecto de ellas lo mismo que sostuvo al estudiarlos en el primer cargo, o sea, en síntesis, que fueron acertadamente apreciadas por el ad quem al afirmar que de ellos se desprende que el demandado constituye por su origen en un Acuerdo Municipal características y funciones un establecimiento público.

Respecto de los documentos visibles a los folios 2 y 3 del cuaderno principal la Sala considera innecesario repetir lo dicho sobre ellos al estudiarlos en el primer cargo y sostiene en síntesis, que fueron debidamente apreciados por el fallador de segunda instancia al afirmar de que "de todo lo examinado" en el proceso no aparece que la demandante estuvo vinculada al Hospital mediante un contrato de trabajo por ser este un establecimiento público y no haber allegado a los autos sus estatutos que demostraran el contrato.

De las confesiones que afirma el impugnador hizo la demandada al proponer las excepciones de pago y prescripción y que a su juicio fueron mal apreciadas, se observa en realidad no lo fueron, lo cual deja sin base este ataque.

Los estatutos del establecimiento público demandado hospital de San Juan de Dios de Cúcuta no fueron allegados al proceso, por lo cual no es posible determinar que la actividad desempeñada por la actora podía ser desarrollada mediante contrato de trabajo —artículo 5º Decreto 3135 de 1968—.

Por lo anteriormente 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 de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta Sala Laboral.

Con costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

HOMOLOGACION

Laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución Nº 83 de 1977, para dirimir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Dpto de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia

La Corte por providencia de mayo 13 de 1977, F A L L A :Primero. Son inexequibles los artículos 8º, 19, 23, 35, sólo en su parágrafo 2º y 38 del laudo recurrido. Segundo. En todo lo demás, inclusive en el campo de aplicabilidad que determina, se homologa el referido laudo arbitral

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos senteta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 6100).

(Acta Nº 23).

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución 83 de 1977, convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para dirimir el conflicto colectivo de trabajo surgido entre el Departamento de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia con motivo de la presentación de un pliego de peticiones por este último, que no llevó a un avenimiento integral entre las partes durante las etapas de la negociación directa y de la conciliación.

Una vez constituido regularmente el Tribunal, cumplió con los trámites pertinentes y luego de una ampliación del plazo para decidir que le fue concedido por las partes, pronunció su laudo el 30 de marzo de 1977, con salvamento de voto del árbitro designado por el Departamento en cuanto al ámbito de aplicación de ese proveído.

Interpuso homologación el Gobernador de Antioquia y es procedente ahora examinar los reparos que hace contra el laudo, (fls. 3 a 19 de este Cdno.), para decidir finalmente sobre la legitimidad de las provisiones que contiene.

El estudio se hará en el mismo orden que emplea el recurrente.

I. **Aplicabilidad del laudo.** La mayoría del Tribunal de Arbitramento dispuso que el laudo fuera aplicable o cobijara a los trabajadores oficiales de las Secretarías de Agricultura y Fomento y de Obras Públicas Departamentales. El árbitro disidente sostuvo que sólo podía regir para los servidores de aquella índole que laboraran en la segunda de tales secretarías, pues en la de Agricultura no pueden existir trabajadores oficiales conforme al artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968.

Afirma el recurrente que, según el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, en las dependencias directas de la administración pública sólo puede haber personas vinculadas a ella por contrato de trabajo cuando se ocupen en la construcción o el sostenimiento de las obras públicas, y de allí deduce que en la Secretaría de Agricultura y Fomento no pueden existir trabajadores oficiales y que aún en la misma de Obras Públicas no tienen esa calidad las personas que no estén vinculadas di-

rectamente a la construcción o el sostenimiento de aquellas obras. Cree así que es ilegal la aplicación del laudo a servidores distintos de los últimamente mencionados.

Se considera:

De folios 68 a 108 del cuaderno tercero obran copias auténticas de los Decretos 1388 y 1557 de 1972 y 409 de 1976, expedidos por el Gobernador de Antioquia con posterioridad a la vigencia del Decreto Ley 3135 de 1968, y mediante los cuales se fija la nomenclatura y clasificación de oficios de los trabajadores oficiales de las Secretarías de Obras Públicas y de Agricultura y Fomento y se señalan sus funciones generales y específicas.

Se determinan así por disposiciones expresas del Gobernador, posteriores al régimen del artículo 5º del Decreto Ley 3135, ya citado, los oficios que pueden ser ejercidos por trabajadores oficiales, tanto en la Secretaría de Obras Públicas como en la de Agricultura y Fomento Departamentales.

Ello indica que si el mismo Gobernador de Antioquia estima que existen trabajadores oficiales en tales Secretarías, en los oficios que sus aludidos Decretos determinan, no puede calificarse de ilegal que el laudo impugnado predique la aplicabilidad de sus disposiciones a quienes laboren en las Secretarías de Agricultura y Fomento y de Obras Públicas en oficios que, sean desempeñables por personas vinculadas a la administración departamental por contrato de trabajo.

Pretender la existencia de esa ilegalidad en el laudo equivale a que el propio Departamento desconozca la validez de actos del jefe de su administración, cosa que le resulta inadmisible, o a intento vano de que la justicia laboral deje sin efecto los aludidos Decretos por contrariar la Ley, cuando esa tarea no le correspondería a ella sino a jurisdicción distinta.

No prospera entonces el reparo hecho en cuanto al campo de aplicabilidad que le dio el Tribunal de Arbitramento al laudo impugnado.

II. Se ataca el artículo 8º del laudo en cuanto obliga al Departamento a reintegrar a los trabajadores que hayan sido despedidos sin justa causa y a pagarles los salarios correspondientes al tiempo que permanezcan fuera del servicio.

El recurrente dice que en las hipótesis de despido injusto solo tiene el deber de pagar los salarios faltantes para completar el plazo pactado o presunto de duración del respectivo contrato de trabajo y la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar, conforme lo prevé el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 y que, por lo tanto, la obligación que le impone este artículo del laudo es ilegal.

Se considera:

Los árbitros no están legalmente habilitados para modificar las consecuencias previstas por el legislador para los eventos en que el contrato de trabajo termina por actos o hechos de las partes.

No pueden pues obligar al patrono a reintegrar al trabajador oficial y a pagarle los salarios y prestaciones sociales del tiempo en que estuviere cesante cuando haya sido despedido sin justa causa, pues esto equivaldría a modificar mediante un fallo el régimen previsto por la ley para la hipótesis de ruptura ilegal del vínculo de trabajo, cosa que sólo sería viable con el avenimiento expreso del patrono y siempre que la modificación fuera en provecho de los trabajadores.

Es inexequible entonces este artículo del laudo.

III. Se ataca el artículo 19 del fallo arbitral, que establece una prima de alimentación de diez pesos diarios para ciertos trabajadores.

Asevera el ataque que solamente la ley, en lo nacional, o la ordenanza, en lo departamental, pueden fijar las escalas de remuneración y las prestaciones para los servidores del Estado, y que esta prima de alimentación no ha sido creada por alguno de aquellos actos, lo cual hace que al establecerla los árbitros extralimitaron sus facultades.

Se considera:

Ciertamente es al Congreso a quien compete establecer por medio de leyes el régimen de prestaciones y la escala de salarios para los servidores de la Nación (C. N. artículo 76, ordinal 9º) y a las Asambleas, por iniciativa del Gobernador y mediante ordenanzas, lo relativo a la remuneración de quienes sirven a los Departamentos

ibídem artículo 187, ordinal 5º). Y, además, según el artículo 207 de la Constitución, no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Parlamento, o en este caso, por la Asamblea, ni efectuarse ninguna erogación por cuenta del Tesoro que no esté prevista en el respectivo presupuesto de gastos, conforme lo enseña el artículo 206 de la misma Carta Fundamental.

En tales circunstancias, como no aparece que la Asamblea de Antioquia haya creado la prima de alimentación de que trata el laudo ni que en el correspondiente presupuesto haya apropiación para satisfacerla, resulta contrario a los ordenamientos anteriores el artículo 19 del laudo y, por ello, debe declararse inexequible.

IV. Se impugna el artículo 23 del laudo, que dispone el reembolso al trabajador de lo que haya pagado por servicio médico general a sus familiares cuando el Consultorio Departamental no pueda prestarlo, ni tampoco se logre obtenerlo del médico oficial "en los Municipios".

El recurrente presenta argumentos similares a los planteados en el ataque hecho al artículo 19 para impugnar éste.

Se considera:

La Ordenanza 13 de 1971, expedida por la Asamblea de Antioquia (fls. 46 y v. Cdno. 3º) concedió a los familiares de los trabajadores que en su artículo 1º determina el derecho a recibir gratuitamente el servicio de consulta médica general pero "atendido exclusivamente por los médicos del Consultorio Departamental", según reza el ordinal c) de ese precepto.

Ello indica que la Ordenanza no previó la posibilidad de que, en defecto de la consulta médica oficial, el Departamento pague en dinero su valor cuando sea prestada por médicos diferentes de los oficiales, modalidad que implica un gasto que ha de ser decretado por la Asamblea e incluido en el presupuesto departamental para que sea lícito hacerlo y que, sin esos requisitos previos exigidos por la Constitución, no puede serle impuesto al Departamento mediante laudo arbitral.

Es inexequible entonces dicho artículo 23.

V. Se impugna el Parágrafo del artículo 31, que textualmente dice: "El Departamento de Antioquia nombrará una comisión que se encargue de estructurar una nivelación de oficios y de salarios de los trabajadores oficiales del Departamento.

"Esta comisión deberá presentar su estudio tanto al Departamento como al Sindicato, antes del primero de enero de 1978".

Cree el recurrente que este parágrafo cercena facultades que la Constitución les confiere a la Asamblea y al Gobernador, cuales son la de determinar, por iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración, las funciones de las distintas dependencias y las escalas de remuneración de las diversas categorías de empleos, a la primera (Art. 187, ord. 5º) y a la de crear los cargos, suprimidos o fusionarlos, señalar sus funciones y fijar sus emolumentos, al segundo (artículo 194, ordinal 9º).

Se considera:

El mismo tenor literal del parágrafo transcrito muestra que la comisión que ordena crear es de estudios nada más y carece de toda facultad decisoria.

Ello deja en claro que no vulnera ninguna función de la Asamblea o del Gobernador y, por ello, el parágrafo de que se trata es exequible.

VI. Se ataca el artículo 33 del laudo que prevé la presentación de un proyecto de ordenanza que aumente a $110.00 mensuales el subsidio familiar por cada hijo legítimo o reconocido del trabajador porque, según el recurrente, viola la Constitución y el Código Político y Municipal, según los cuales es facultativo del Gobernador, a través de sus secretarios, y de los Diputados presentar los proyectos de ordenanza que crean pertinentes, sin que nadie pueda exigirles el ejercicio de esa atribución.

Se considera:

Lo dispuesto en el artículo 33 no vulnera ningún precepto constitucional o del referido Código ya que precisamente se acoge a tales normas para prever la presentación regular del proyecto de ordenanza a que alude, cuya suerte, como es obvio, quedaría sometida a que la Asamblea, en

su leal saber y entender, determine lo que crea pertinente al respecto.

No es inexequible, en consecuencia.

VII. Se impugnan los parágrafos 1º y 2º del artículo 35.

A) El primero dice que el comité cuya creación prevé el artículo 35 para colaborar en la construcción o el mejoramiento de viviendas para los trabajadores debe estudiar las solicitudes de colaboración que se le presenten "a través del Sindicato", modalidad esta última que el recurrente tiene como una coacción ilegal ejercida sobre los trabajadores para que ingresen a la entidad sindical.

A ese respecto, la Sala encuentra que el hecho de que el sindicato deba ser emisario de aquellas solicitudes no implica en modo alguno que exista coacción sobre los trabajadores para que se afilien a esa organización ni, menos aún que el parágrafo 1º, acusado, sea inexequible.

B) Dice así el Parágrafo 2º: "El Departamento de Antioquia prestará las siguientes colaboraciones para el mejoramiento de la vivienda:

1) Préstamo de vehículo para el acarreo de materiales de construcción.

2) Préstamo de elementos con carácter devolutivo para la construcción.

3) Préstamo de maquinarias para los respectivos banqueos en los frentes de trabajo.

4) Elaboración de planos de construcción o reforma de la vivienda.

5) Supervisión de la construcción o reforma de la vivienda.

6) Otras colaboraciones que a juicio del comité tengan como finalidad contribuir al mejoramiento de vivienda de los trabajadores oficiales".

Sobre este parágrafo dice el recurrente que viola lo dispuesto en los artículos 3º y 1º del Código Fiscal de Antioquia (Ordenanza 36 de 1974), conforme a los cuales los bienes que forman la hacienda departamental sólo pueden destinarse a la satisfacción de fines de servicio público o de interés general y el parágrafo de que se trata obliga a destinar algunos de ellos a actividades de interés particular, como la construcción de vivienda para algún trabajador.

La Sala considera

Ciertamente el artículo 3º de la Ordenanza 36 de 1974, cuya copia auténtica se trajo a los autos (fls. 48 a 66 v. Cdno. 3º) estatuye que los bienes que forman la hacienda departamental sólo pueden destinarse a la satisfacción de fines de servicio público o de interés general. Y como el artículo 2º, ordinal g) incluye obviamente como bienes fiscales del departamento los vehículos, elementos y maquinarias a que aluden los primeros tres numerales de este parágrafo, son inexequibles tales numerales por contrariar lo dispuesto en el artículo 3º del Código Fiscal Antioqueño cuando disponen que aquellos bienes departamentales deban utilizarse para fines privados o particulares, como la construcción de viviendas para los trabajadores.

Tampoco resulta legítimo que un Tribunal de Arbitramento ordene que servidores oficiales destinen el tiempo en que deben laborar en provecho del Departamento a menesteres particulares de interés individual y privado, como la elaboración de planos para viviendas o la supervisión de construcciones de los trabajadores y, en estas circunstancias, también son inexequibles los demás numerales del parágrafo 2º, acusado.

VIII. Se impugna el artículo 38 que prevé que el sindicato denuncie el laudo arbitral antes de que expire su vigencia y dice el recurrente que vulnera los artículos 478 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el primero de ellos les concede a ambas partes el derecho a denunciar las convenciones colectivas de trabajo y, por ende, los laudos que las sustituyan y este artículo 38 le impediría hacerlo al Departamento, y la misma norma del Código les concede esa facultad a las partes en forma discrecional, mientras que ese artículo 38 haría obligatorio para el Sindicato denunciar el laudo, modificándole así sustancialmente el alcance de ese derecho que la ley le concede.

Se considera:

Realmente el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo les reconoce a ambas partes la facultad discrecional de denunciar las convenciones colectivas o los

laudos arbitrales que las reemplacen. Entonces uno y otro de los argumentos del recurrente, ambos admisibles, llevan a concluir por la inexequibilidad de este artículo 38.

IX. Un examen de las demás disposiciones del laudo recurrido, que en gran parte recopilan lo acordado por las partes en la negociación directa y lo recomendado por los conciliadores en la etapa respectiva, muestra que no desconocen derechos o facultades de dichas partes, ni textos de la Constitución o las leyes, ni tampoco lo estatuido en las Ordenanzas Departamentales que se trajeron al expediente y, por ello, deben homologarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla

Primero. Son inexequibles los artículos 8º, 19, 23, 35, sólo en su parágrafo 2º y 38 del laudo recurrido.

Segundo. En todo lo demás, inclusive en el campo de aplicabilidad que determina, se homologa el referido laudo arbitral.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., (con salvamento de voto); *Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

La declaratoria de inexequibilidad del artículo 19 del Laudo, que establece una prima de alimentación de diez pesos diarios para ciertos trabajadores, fundamentada en que la Asamblea de Antioquia no ha creado dicha prima ni se ha hecho apropiación en el correspondiente presupuesto para reemplazarla, implica según mi criterio un claro desconocimiento de la capacidad de los Sindicatos de Trabajadores oficiales para contratar colectivamente, derecho consagrado en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

En nuestro régimen legal la diferencia esencial entre empleados públicos y trabajadores oficiales consiste en que los primeros deban someterse a un régimen legal y reglamentario preestablecido que no puede modificarse tanto en su régimen salarial como prestacional sino por iniciativa de la Administración Pública y los segundos, por ser contractual ese régimen se fija por las partes al celebrar el contrato individual de trabajo o por el respectivo Sindicato y la Administración Pública en Convenciones Colectivas o por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio cuando mediando un Conflicto Colectivo no pudo ser solucionado directamente por las partes en contienda a través de una Convención Colectiva.

Si se exige, como lo hace la sentencia de la cual me aparto, que para establecer una prestación en el fallo arbitral debe estar previamente creada en la ley o en la ordenanza cuando se trata de trabajadores oficiales, nacionales o departamentales, y que existe además la apropiación presupuestal para satisfacerla, se limitan de tal modo las facultades de los árbitros que éstos solo podrían trasladar el laudo al régimen prestacional contemplado en las normas legales u ordenanzales, lo que haría prácticamente inútil e inoficiosa su labor. Con la misma razón tampoco podría pactarse en Convenciones Colectivas la creación de nuevas prestaciones, aumento de las mismas y de los salarios, si no están previstas en la ley u ordenanza. Es decir, que se igualaría al régimen de los trabajadores oficiales, eminentemente contractual y por ende variable, al de los empleados públicos sujetos a la ley y al reglamento.

Que a la Asamblea corresponda determinar por iniciativa del Gobernador lo relativo a la remuneración de los servidores públicos, no significa que en relación con los trabajadores oficiales sea imposible establecer un régimen más favorable, pues respecto de los mismos el régimen legal y el de las Ordenanzas constituye un mínimo susceptible de mejorarse contractualmente en convenciones colectivas o en fallos arbitrales.

Tampoco es obstáculo para la creación de nuevas condiciones de trabajo por parte de los árbitros que el artículo 207 de la Constitución Nacional prescriba que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipalidades, porque una cosa es la creación de obligaciones para las entidades de Derecho Público y otra la forma de satisfacerlas, conceptos que a mi juicio confunde la sentencia en la que salvo el voto. Si convencionalmente o por decisión arbitral se imponen obligaciones en materia laboral a un departamento, corresponde al Gobernador procurar que se cumplan dentro del marco de la Constitución, las leyes y las Ordenanzas y para ello hará las gestiones pertinentes con el fin de que sean incluidas en el Presupuesto las partidas respectivas, no sólo porque las Convenciones Colectivas y Laudos deben cumplirse por disposición expresa de la ley, sino porque a través de estos instrumentos el legislador ha desarrollado el princi-

pio constitucional de que el trabajo gozará de la especial protección del Estado.

Y aún en el campo del derecho civil, comercial o administrativo, ¿Podría sostenerse válidamente que una decisión judicial es inexequible por el hecho de que la obligación que se impone a la Nación, al Departamento o al Municipio carece de partida en el presupuesto?.

Por último, ya la Sala de Casación Laboral se había pronunciado sobre este aspecto en relación con un aumento de salarios hecho por el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir un conflicto colectivo entre un Departamento y el Sindicato de sus Trabajadores, oportunidad en la cual no aceptó argumentos similares a los que ahora se acogen. Y aún cuando se estime que la prima de alimentación no es salario, que según mi concepto lo es, las razones allí expuestas son válidas para toda obligación de carácter laboral que imponga un fallo dictado por Tribunal de Arbitramento Obligatorio constituido para decidir un conflicto colectivo. Dijo así la Sala de Casación Laboral, Sección Primera:

"Para la Sala la condición de derecho público del ente empleador no obsta, para que sea sujeto de derechos y de obligaciones, conforme al régimen legal colombiano, en la contratación colectiva con trabajadores oficiales, ni, en caso de conflicto no resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación, para que sea parte en el diferendo sometido a arbitraje, con las consecuencias de onerosidad que se hayan convenido en aquellas etapas, aceptado frente al laudo, o impuestas por éste sin violación de la Carta Fundamental y del Código del Trabajo. La sola consideración del carácter de derecho público del ente empleador no puede oponerse a los gravámenes económicos de los laudos, ante legislación, como la nacional, que los hace sujetos de los mismos, que registra la institución arbitral para solucionar sus conflictos colectivos con trabajadores oficiales, y que le confieren a la convención colectiva y a la sentencia arbitral, que se procuran con los pliegos de peticiones, el poder de afectar el presupuesto de dichas entidades. La señalada oposición desconoce, en su presentación absoluta, el régimen del trabajador oficial. De otra parte, las normas fiscales solucionan la preocupación sobre las "vigencias expiradas", y sobre las partidas presupuestales que habrán de cubrir los nuevos salarios ordenados por el Tribunal de Arbitramento, en cuantías que no manifiestan inequidad, señaladas en decisión regular y que, para su vigencia, recogen la voluntad del Departamento, expresada en la etapa de arreglo directo. Esas normas, en fin, han debido tener ya aplicación para el cumplimiento de convenciones anteriores, cuya existencia conoce la Sala por su auto de 10 de diciembre de 1973, ya reseñado, y diligenciado como se le estimó necesario. No son atendibles, por lo tanto, los reparos del salvamento de voto; ninguno más ha aducido la entidad recurrente, y la Sala no encuentra otro alguno, en su revisión general en la Constitución y en la ley. Se homologará este ordenamiento primero.". (Homologación de veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, Departamento del Huila y Sindicato de Trabajadores Oficiales de las Obras Públicas Departamentales del Huila).

Dejo así expuestas las razones que tengo para salvar mi voto.

Fecha ut supra.

José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5795).

(Acta Nº 22).

Ambas partes interpusieron casación contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 1976 por el Tribunal Superior de Bogotá para dirimir en segundo grado el juicio laboral que propuso el señor José Birman Varela Viveros contra "Gift Shop Dagmar Ltda." Pero sólo el demandante sustentó a cabalidad su recurso, para impetrar que se infirme parcialmente aquella providencia y luego se mantenga la condena al pago de indemnizaciones moratoria hecha en la primera instancia contra la empresa.

Asi dice la demanda de casación (fls. 6 a 12 de este cuaderno), donde se plantean dos cargos que se analizarán en seguida:

Primer cargo

Dice así: "Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó por interpretación errónea el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Demostración del cargo

"Admitió el sentenciador de segunda instancia, coincidiendo en ello con el juzgador de primer grado que existió entre las partes una relación de carácter laboral, y al respecto dijo:

"De todo lo anterior se desprende que entre el actor y la demandada hubo una relación laboral de carácter contractual y **no una relación de naturaleza civil en la que el demandante tuviese condición de contratista independiente**". (fl. 206) El subrayado es mio).

"No obstante lo anterior y con base en que la demandada negó la existencia del contrato de trabajo la absolvió de la condena por indemnización moratoria.

"El hecho de negar un contrato de trabajo en forma simplista, o de calificar la relación laboral como de "un contratista independiente", no es, y no constituye ninguna base científica para exonerar al patrono del pago de lo que comúnmente se ha denominado salarios caídos. Esta posición deja abierto el campo para institucionalizar el fraude a la ley y desestimar los derechos sociales de los trabajadores, de ahí que la Corte no pueda prohijarla.

"La H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— en reiterada jurisprudencia ha interpretado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en lo que respecta a la buena fe, con el fin de evitar que la simple negativa se haga en forma temeraria, y al respecto ha sostenido:

"No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción precitada no debe ser aplicada. Se trata, de situaciones de excepción. Cuando la litis se traba no sobre la existencia

del contrato, sino sobre sus consecuencias, o cuando trabándose sobre aquella, se ve la sin razón de la polémica sobre la calidad de una relación que aparece clara, la norma referida debe aplicarse sin consideración". (Cas. 10 de marzo de 1954, citada por el Dr. Ortega Torres).

"Es evidente, que el H. Tribunal no ha hecho una inteligente y recta aplicación de la norma citada en el cargo, y esa violación implica la infirmación del fallo ante la clara interpretación errónea".

El Tribunal ad quem discurrió sobre el tema objeto de la acusación así:

"Es cierto que a través del proceso ha queda (sic) demostrado que la demandada no pagó al demandante a la terminación del contrato de trabajo las prestaciones debidas, pero no lo es menos que aquélla desde un principio ha venido negando la existencia del contrato de trabajo, posición que ha mantenido a lo largo del debate, aportando, inclusive, algunos testimonios como los del señor Héctor Martín Osorio Samora (folios 115 a 119) y Juan Hernando Castaño Barrera (folios 129 a 135), que aunque no sirvieron de fundamento a la Sala para llegar a la conclusión de que no existía contrato de trabajo, abonan la buena fe patronal para no efectuar el pago de las prestaciones, tanto más si se considera que la existencia de la relación laboral de carácter contractual se estableció solo después de un exhaustivo análisis del haz probatorio. En consecuencia, se absolverá."

Se considera:

Las argumentaciones que expuso el Tribunal para fundamentar la absolución impartida a la empresa respecto de la súplica sobre indemnización moratoria y que acaban de transcribirse, muestran a las claras que no se inspiran en reflexiones de puro derecho sino en circunstancias de hecho, como lo son la negativa de la empresa al reconocimiento de la existencia de contrato de trabajo entre las partes y la evaluación de los testimonios de Héctor Martín Osorio y Juan Hernando Castaño Barrera, para deducir de allí que hubo buena fe patronal en el presente caso.

No era dable entonces impugnar este criterio del fallo recurrido por la vía de la interpretación errónea, que mira al quebranto de la ley sustantiva por razones netamente jurídicas, desde luego que el recurrente no manifiesta que comparte las consideraciones de hecho del sentenciador cuando califica como patrono de buena fe a la demandada, para limitar su ataque a la exégesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que, al contrario, tiene la negación pura y simple de la existencia de contrato de trabajo como campo propicio para institucionalizar el fraude a la ley en perjuicio de los trabajadores y como cicunstancia merecedora de que se condene al pago de indemnización moratoria a quien asuma una conducta de esta índole.

Resulta entonces que un cargo así planteado no puede prosperar ante las características concretas del fallo que se ataca.

Segundo cargo

Expresa textualmente: "Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada viola indirectamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que dejó de aplicarse debiendo hacerlo, en concordancia con lo establecido en los artículos 23, 127, 186 y 306 de la misma obra.

"La violación se presenta a consecuencia de error evidente de hecho por falta de apreciación de la prueba documental, que en la sustentación del cargo se singularizarán.

Demostración del cargo

"El error de hecho consiste en dar por establecido, siendo lo contrario, que la demandada obró de buena fe al no haber cancelado las prestaciones sociales oportunamente a la terminación de la relación laboral.

"El H. Tribunal incurrió en el error de hecho preindicado al revocar la condena del a quo por concepto de indemnización moratoria, no obstante haber aceptado que existió entre las partes una relación laboral de carácter contractual.

"El Juzgador de segunda instancia dice:

"Es cierto que a través del proceso ha queda (sic) demostrado que la demandada no pagó al demandante a la terminación del contrato de trabajo las prestaciones debidas, pero no lo es menos que aqué-

lla desde un principio ha venido negando la existencia del contrato de trabajo....." (fls. 209 y 210).

"Las pruebas que no se apreciaron son las siguientes:

"1ª. Documental del fl. 5. Allí aparece la Declaración de Renta y Patrimonio correspondiente al año gravable de 1971, suscrita por el representante legal de Gift Shop Dgmar (sic) Ltda., debidamente sellada por la Administración de Impuestos Nacionales; en el anexo del fl. 10 se encuentra una partida de $3.360.64 como cesantía consolidada a favor del actor José Birman Varela: al fl. 12 aparece una partida de $7.200.00 correspondiente a sueldos pagados al mismo señor Varela al fl. 13 aparece como cancelada la suma de $600.00 por concepto de prima de servicios.

"2ª **Documental del fl. 17.** Se refiere a la liquidación privada de la demandada, sobre la Declaración de Renta del año gravable de 1970, suscrita por Francisco Farkak y señalada por la Administración de Impuestos Nles. y en el anexo del fl. 20 encontramos que a Varela le cubrieron en ese año por concepto de sueldos la suma de $7.200.00; al fl. 21 la suma de $600.00 por concepto de prima de servicios y $900.00 por concepto de vacaciones.

"3ª **Documental del fl. 27.** Encontramos la Declaración de R. y P. (sic) del año gravable de 1969, de la sociedad demandada, suscrita por el representante legal y sellada por la Administración de Impuestos Nacionales, y en el anexo del fl. 32 aparece que a Varela le pagaron por concepto de sueldos la suma de $6.200.00; al fl. 21 se observa que le cancelaron la suma de $450.00 por concepto de prima de servicios y $300.00 por concepto de vacaciones.

"4ª **Documental del fl. 30.** Obra la Declaración de R. y P. (sic) del año gravable de 1968 de Gift Shop Dagmar Ltda., suscrita por el representante legal y debidamente sellada por la Administración de Impuestos Nacionales y en el anexo del fl. 43 figura que al actor, señor Varela, le pagaron $7.200.00 por concepto de sueldos en el citado año, y por prima de servicios $300.00.

"5ª **Documental del fl. 48.** Se tiene la Declaración de R. y P. del año gravable de 1967, suscrita por el representante legal de la sociedad demandada, debidamente sellada por la Administración de Impuestos Nacionales, al fl. 51 aparece que ha sido pagado un total de $260.00 por concepto de prima de servicios al demandante Varela.

"6ª Documental de los folios 59, 60 y 66. En el anexo de la Declaración de R. y P. de 1966, fl. 59 figura por concepto de sueldos pagados $6.500.00. En fl. 60 se comprueba que le cubrieron $260.00 por concepto de prima de servicios.

"La prueba documental descrita es auténtica, se refiere a declaraciones de renta y patrimonio de la sociedad demandada, estas declaraciones se hacen bajo la gravedad del juramento, y constituyen plena prueba que no puede ser desvirtuada por una contestación de la demanda o por el dicho del representante legal de la sociedad.

"Las declaraciones de renta nos demuestran en forma inequívoca la existencia de la relación laboral, del contrato de trabajo, pues en ellas se relieva el pago de sueldos, primas de servicios y vacaciones.

"Si no hubiera existido el contrato no podía incluirse por ningún motivo los citados rublos (sic), y en estas condiciones se estaría frente a una falsedad, o a un falso testimonio, pues repito que la declaración de renta y patrimonio de los colombianos se hace bajo la gravedad del juramento.

"Igualmente los documentos precitados no fueron tachados de falso en ningún momento del proceso.

"La documental descrita no fue apreciada por el fallador de segunda instancia como demostrativa de la relación laboral que existió entre las partes, y su no apreciación conllevó a que se violara indirectamente el artículo 65 del estatuto laboral.

"Se confronta, pues, uno de los casos en que se hace imperiosa la aplicación de la norma ya mencionada, por cuanto el **ad quem** consideró que obró de buena fe la demandada, a causa de la falta de estimación de la prueba documental ya descrita, en consecuencia debe prosperar el cargo impetrado, por violación de las disposiciones indicadas en el cargo".

Se considera:

La declaración de renta y patrimonio que están obligados a presentar los contri-

buyentes para efecto de la liquidación y pago de los impuestos respectivos, se presume verídica en su contenido y prueba en favor de quien la hace mientras no sea desvirtuada por los funcionarios del ramo cuando se trate del cálculo y el cobro de tales gravámenes. Pero fuera del campo tributario, prueba en contra del declarante, así se trate de una persona jurídica, pues al estar suscrita por quien la represente legalmente, ha de entenderse que ese personero suyo está en ejercicio de sus funciones estatutarias cuando cumple con el deber de denunciar los ingresos y haberes del ente moral ante las autoridades tributarias.

Así pues, cuando en el campo laboral una persona que le ha prestado servicios a otra aduce las declaraciones de renta y patrimonio de esta última como prueba de haber recibido salarios y prestaciones sociales de ella y, por ende, de haber existido contrato de trabajo entre una y otra persona, la prueba es pertinente y ha de calificarse con el mérito que le corresponde a un documento de esta naturaleza.

En el caso sub judice, el recurrente le atribuye error al Tribunal por haber calificado como de buena fe la actitud de la empresa demandada cuando se abstuvo de cancelarle las prestaciones sociales al señor Varela a la terminación del vínculo laboral que existió entre ellos, y deriva ese error de la falta de apreciación de las declaraciones de renta y patrimonio de dicha empresa, traídas al juicio como pruebas por el actor.

Dice que en tales declaraciones de renta aparecen denunciados pagos por concepto de salarios, primas de servicio y vacaciones hecho por Gift Shop Dagmar a José Birman Varela y también dentro del rubro "cesantías consolidadas" figura una partida con el nombre de dicho señor, todo lo cual indica, para el recurrente, que durante la vigencia de sus relaciones, la empresa tuvo como trabajador suyo a Varela.

Y como al confrontar aquellas declaraciones, que traen sellos de presentación oficial, resultan ciertas las aseveraciones del recurrente, fluye como consecuencia incontrastable que si durante la prestación de los servicios la empresa denunció pagos por concepto de sueldos y prestaciones sociales en favor de Varela, para beneficiarse de las deducciones tributarias consiguientes, y que si esos pagos son característicos de la retribución de servicios personales subordinados, no puede abonarse a buena fe patronal que después de extinguida la prestación de los servicios, el empresario comparezca en juicio a negar la existencia de contrato de trabajo con su antiguo servidor.

En estas circunstancias comenzaría a configurarse el yerro de hecho planteado por el recurrente. Pero como, según quedó visto, el sentenciador fundó su decisión en unos testimonios que el cargo ha debido impugnar también a pesar de que no son prueba calificada, según lo tiene definido la Corte en fallo del 6 de octubre de 1972 (G. J. T. CXLIII, Nos. 2358 a 2363, págs. 619 y ss), por esta deficiencia estructural el ataque no alcanza a prosperar.

Dijo, en efecto, la Corte en ese fallo:

"Mas cuando la sentencia reposa, al definir un hecho, en pruebas de una y de otra categorías, procede el ataque correspondiente respecto de ambas, porque la decisión se fundamenta en ellas, pero habrá que demostrar, en primer término, por ser la exigencia legal, el error sobre la prueba calificada como apta para la casación del trabajo, demostración que etonces abrirá el campo para el estudio debido de las que son motivo restringido de ella, coordinándose así, para satisfacción del sistema de la persuación racional, la necesidad de establecer la verdad conten'da en todos los soportes probatorios del fallo con la exigencia de que el error debe provenir de una de las que el legislador ha instituido para este motivo de quebranto extraordinario.

"De acuerdo con este criterio la Sala ha producido ya decisiones que no admiten demostración de error de hecho en razón solamente de pruebas no contempladas por el legislador de 1969, pero que, atendida la calificación que él reservó y encontrándose la equivocación sobre la probanza requerida, entienden autorizado el examen de las otras, soportes también del fallo acerca del hecho respectivo, para el cual deben singularizarse y exhibirse en contrariedad con la verdad, desconocida por el juzgador. Es decir, siempre que haya íntima relación entre las dos categorías

de pruebas respecto del hecho que haya de demostrarse.

"No se cumplen así todos los temores del recurrente, ni su reflexión de que, en la exégesis opuesta, podría prevalecer el rigor de la ley sobre la evidencia contenida en medio probatorio que se excluyó, en el caso de concurrencia, sobre el mismo hecho, de pruebas de las dos categorías. Pero sí se requiere en todo caso que haya error acerca de prueba calificada, porque la ley exige que provenga de ella y porque, de no haberlo, la sentencia reposa sobre dicho soporte legal no destruido. Esta última consideración obliga, además para la prosperidad del ataque, a que se destruyan, en su caso, los demás fundamentos probatorios de la decisión judicial, que de otra suerte la mantendrán, en la forma técnica que imponen la ley y la doctrina, esto es, mediante singularización de ellas y demostración del error con carácter de evidente".

Las razones anteriores indican pues que no es posible la infirmación de la sentencia 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Saenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONSIGNACION DE LA SUMA QUE LA EMPRESA CREYO DEBERLE AL TRABAJADOR POR CONCEPTO DE CESANTIA, EN CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo veinte de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5959).

(Acta Nº 24).

La empresa "Ingeniería y Equipos Ltda." ha recurrido en casación contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, proferido el 30 de Nov. de 1976 para dirimir en segunda instancia el pleito laboral iniciado contra ella por don Roberto Rojas Gómez. Y reducir asi el monto de las condenaciones por concepto de indemnización por despido injusto, compensación monetaria de vacaciones, salarios insolutos e indemnización moratoria; mantener la relativa a cesantía y revocar las referentes a reajuste de prima de servicios, a remuneración por trabajo nocturno y suplementario y a reajuste del monto devengado por trabajo dominical y festivo; y disminuir de $3.411. 39 a $1972.50 el monto que encontró pagado por la empresa al demandante, para declarar probada hasta esa cuantía la excepción correspondiente. Todo esto en relación con la sentencia del primer grado, contra la cual había interpuesto apelación la compañía demandada.

Con el presente recurso extraordinario busca la empresa que se infirme la decisión del Tribunal en cuanto a las condenas que hizo, se revoque luego la del Juez por ese mismo aspecto y, finalmente, se la absuelva de tales súplicas del libelo.

Para ello formula cuatro cargos contra aquella decisión, los tres primeros con fundamento en la causal primera de casación del trabajo y el último con apoyo en la segunda de esas causales. Así consta en la demanda respectiva (fls. 6 a 11 de este cuaderno), que fue replicada por su contraparte (fl. 15 ibídem).

Corresponde examinar ahora el mérito de la acusación, comenzando por el primer cargo, que fue planteado así:

"Acuso la sentencia por ser violatoria en forma indirecta, de las siguientes normas sustanciales y de procedimiento a saber: artículos 65 numerales 1º y 2º, del primer numeral por aplicación indebida; del numeral segundo por falta de aplicación en relación con los artículos 186 numeral 1º; artículo 189 modificado por el Decreto 2351 de 1965 en su artículo 14 por falta de aplicación, Art. 8º del Dcto. inmediatamente citado por aplicación indebida y Art. 177 del Código de Procedimiento Civil. Los Arts. citados en este cargo 65 en sus numerales indicados? 136 num. 1, 127 y 189 expreso que pertenecen al Código Sustantivo del Trabajo. La violación imputada se produjo como consecuencia de errores de manifiestos y evidentes en los autos provenientes de equivocada y falta de apreciación de los siguientes elementos probatorios.

Demostración

"Es manifiesto que el H. Tribunal cometió los siguientes errores de hecho patentes y evidentes:

"1º Dar por no demostrado, estando demostrado, el pago por consig (sic) que hizo Ingeniería y Equipos Ltda., a Roberto Rojas Gómez, en razón de tamaño error condenó a la Empresa al pago de la Indemnización Moratoria (sic) de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"2º Dar por demostrado, sin estar demostrado, que a Rojas Gómez le adeuda la sociedad demandada vacaciones correspondientes a 2 años de servicios, no obstante, que únicamente fue objeto del debate las vacaciones proporcionales.

"3º Dar por demostrado que a Roberto Rojas Gómez se le contrató por el término que durara la ejecución de la obra para la cual fue contratado, no obstante lo cual comete el error manifiesto de condenar a la Empresa a pagar Indemnización por Despido Injusto. (sic).

"4º Dar por no demostrado, estándolo demostrado que no se alegó la terminación injustificada del contrato, sino simplemente: 'Indemnización por terminación unilateral de la relación laboral'. (fl. 2)".

Como el recurrente individualiza las pruebas a través de las cuales el sentenciador incurió, en su sentir, en los errores de hecho que dejó puntualizados, para mayor claridad en el análisis del cargo, deben examinarse también de manera independiente aquellos errores.

Primer error. Lo deriva el impugnante de errónea evaluación de la inspección ocular (fls. 37 a 39 Cdno. 1º) y del escrito que obra al folio 100 del mismo cuaderno que, según él, demuestran que la empresa cumplió con su deber de consignar judicialmente la suma que confesaba adeudarle a Rojas Gómez al finalizar el contrato de trabajo, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo.

El Tribunal, de su parte, discurrió así sobre este aspecto:

"La sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se aplica al patrono que a la terminación del contrato no cancela o consigna al trabajador sus acreencias laborales. En el presente proceso, la Empresa demandada dice que a la terminación del contrato le consignó al actor lo que consideró deber, hechas las deducciones, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá y aunque si bien es cierto que en la Inspección Judicial (folio 39), aparece copia del título de consignación por lo cual posteriormente se ordenó oficial (sic) al Juzgado Cuarto, para que remitiera lo relacionado con dicho pago, contestado que sí aparecía la consignación, pero no las diligencias. Se estima por el Tribunal, que no habiéndose demostrado en la forma legal el pago por consignación se impone la condena por este concepto en la cantidad de $60.00 diarios desde el 11 de julio de 1973 y hasta cuando se verifique el pago de las anteriores condenas. Se modificará la decisión del Juez de primer grado y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

La Sala encuentra

La diligencia de inspección ocular (fl. 38, Cdno. 1º) da a entender que la empresa consignó ante el Juez 4º del Trabajo de Bogotá la suma que creyó deberle por concepto de cesantía. Y en el documento del folio 100 aquel Juzgado certifica haber radicado en su libro radicador de pagos el que por la suma de $1.438.89 hizo Ingeniería y Equipos Ltda. a favor de Roberto Rojas el 3 de agosto de 1973.

Ello muestra a las claras que en tal fecha la compañía demandada cumplió en el caso del señor Rojas con el deber de consignar judicialmente lo que creía deberle a éste por haber fenecido el contrato de trabajo que los ligó, sin que sea óbice para ello que en el Juzgado del conocimiento no hubiese aparecido el expediente que contenía las diligencias de pago, que figuran como archivadas según reza la aludida certificación, pues el desorden, la desidia y fenómenos semejantes que aquejen a las oficinas públicas, no pueden ser indicio de que los gobernados incumplen la ley, pues a estos últimos les basta acudir con los requisitos que las normas indiquen ante los funcionarios competentes para que pueda entenderse que les dieron cumplimiento a éstas.

Resulta así patentemente configurado el primero de los errores, que condujo a la infracción indirecta del artículo 65 que al efecto invoca el cargo, que prospera entonces por este aspecto, con las consecuencias que se determinarán más adelante.

Segundo error. Lo desprende el recurrente de falta de apreciación por el Tribunal de la demanda (fls. 2 a 4 ibídem), del documento del folio 7, el interrogatorio que contestó el representante de la empresa (fls. 18 a 22 y 23 a 24), de la inspección judicial, ya citada y de la declaratoria de

confeso que sufrió el mismo representante (fl. 67) pues, entiende, que Rojas Gómez sólo reclamó el pago de vacaciones "proporcionales", mientras que el sentenciador condenó al pago de compensación monetaria de tal descanso por todo el tiempo de servicios, es decir que se falló ultra petita sin el lleno de los requisitos que la ley exige para proceder así:

Se considera:

Ninguna de las pruebas que en esta oportunidad indica el cargo acredita que la empresa le hubiera reconocido vacaciones al trabajador y además el hecho de que en la demanda se hubiera impetrado el pago de vacaciones "proporcionales" no significa de modo categórico e inequívoco que esa pretensión se refiriera apenas al descanso por tiempo inferior a un año, como lo supone el recurrente, pues bien podría entenderse, como lo hizo el fallador ad quem, que lo suplicado era la compensación monetaria de vacaciones proporcionales a todo el tiempo servido, sin que este criterio equivalga a un yerro garrafal.

No está, por lo tanto, demostrado este segundo error.

Tercero y cuarto errores. Surgen estos yerros, para el autor del cargo, de equivocada interpretación del contrato de trabajo que obra al folio 27 del primer cuaderno, pues en él se determina de modo expreso su duración por la de dos obras concretas; la construcción de una subestación para el ICEL y del tanque de almacenamiento de agua del Barrio Perdomo para la Empresa de Acueducto de Bogotá, cosa que descarta que su terminación aunque unilateral fuera también ilegal e injusta, sin que fuera menester que la empresa demostrara en juicio en qué fecha concluyeron tales obras para que el fenecimiento del contrato se reputara legítimo, pues era al trabajador, como demandante, a quien incumbía demostrar en que día cesaron sus servicios como presupuesto básico para la prosperidad de lo impetrado en el libelo.

Cree así que como el Tribunal echó de menos aquella prueba suministrada por la empresa, erró de hecho en la forma descrita al principio e infringió así el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y también el 65 del Código, ambos por vía indirecta, pues la indemnización por despido no es fuente de la moratoria, conforme al último precepto invocado.

Sobre lo referente a la indemnización por despido razonó así el Tribunal.

"De conformidad con la carta de terminación del contrato que aparece a folio 6, la Empresa demandada, no acreditó por ninguno de los medios de prueba legales que la obra para la cual fue contrato (sic) el trabajador, hubiese terminado, y, por tanto, se considera que el despido que se verificó en forma unilateral, fue ilegal e injusto. En consecuencia, se deberá condenar a la demandada al pago de la indemnización de que trata el Decreto 2351 de 1965, en su artículo 8º, que será por la cantidad de $3.645.00, moneda corriente, modificándose la condena que por este aspecto hizo el a quo y que fue por una suma mayor. Así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Se observa:

Una comparación de las reflexiones del recurrente con las que hizo el Tribunal, muestra a las claras que este último basó su decisión sobre el despido del trabajador en una prueba distinta de la que menciona el cargo, como lo es la carta de despido que obra al folio 6, mediante la cual se prescinde de los servicios del señor Rojas sin expresar que ello se debe a la terminación de las obras para cuya ejecución fue contratado. Y si a ello se añade que, según lo entiende con recto criterio el sentenciador ad quem, era de cargo de la empresa demostrar que tales obras terminaron, pues la sola carta de despido acreditaba cuándo dejó de laborar Rojas Gómez y hasta allí llegaba su deber de probar en juicio, fácil resulta concluir que los aludidos errores no están establecidos y, menos aún, con la evidencia indispensable para que tengan trascedencia dentro del recurso extraordinario de casación.

No prospera, por lo tanto, este cargo sino en lo que atañe al primero de los errores que plantea. Y como el cargo segundo persigue la misma finalidad ya satisfecha con la prosperidad parcial del primero, no es del caso analizarlo.

En cuanto al cargo tercero, que formula por la vía directa el quebranto de varios de los mismos preceptos invocados en el

primero, basta observar que el fallador ad quem fundó las decisiones ahora impugnadas en razonamientos de hecho que en esta oportunidad no dice el recurrente que esté de acuerdo con ellos para criticar únicamente las consecuencias jurídicas que de tales hechos dedujo el sentenciador, para que resulte forzoso concluir que este cargo no puede prosperar por su clara deficiencia técnica.

Cuarto cargo. Dice textualmente así: "En segundo plano invoco el segundo motivo de casación contemplado por el artículo 87 del Código Procesal Laboral, modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y que dice:

"2º) Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, o de aquela (sic) en cuyo favor se surtió la consulta".

Demostración

"En efecto la sentencia proferida en primer instancia en este proceso con fecha 14 de septiembre de 1976, únicamente fue apelada por la parte demandada, según se desprende de los autos.

"La sentencia de primer grado de que hablo declaró parcialmente pagad (sic) la excepción de pago en los siguientes términos:

"2º DECLARAR parcialmente probada la excepción de pago en cuantía de $3.411. 39, suma esta que se descontará de todas las condenas". (fl. 79).

"Por su parte el H. Tribunal en la sentencia objeto del recurso de casación pronunciada con fecha 30 de noviembre de 1976 resolvió modificar el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en los términos siguientes:

"3º MODIFICASE el numeral SEGUNDO de la sentencia materia de revisión y en su lugar se dispone: DECLARASE PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCION DE PAGO, hasta la suma de $1.972.50 moneda corriente". (fl. 113).

"Se tiene en forma evidente de lo anterior que el Tribunal en el fallo acusado, solo aceptó probada parcialmente la excepción de pago hasta la suma de $1.972. 50, cantidad inferior a la que declaró probada también parcialmente el sentenciador de primer grado o sea la suma de $3. 411.39 haciendo o profiriendo así una decisión más gravosa a la parte que únicamente apeló de la sentencia de primera instancia, pues le concede el derecho a descontar una suma inferior a la ordenada por el a quo sobre tal concepto o decisión de pago parcial de la obligación.

"En consecuencia con lo brevemente expuesto la Corte Suprema de Justicia debe casar la sentencia por aspecto acusado, ya que es evidente que tal providencia contiene una decisión que hace más gravosa económicamente a la Empresa que fue la única parte apelante".

La Sala considera:

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo, dice así en lo pertinente para el caso:

"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, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella".

Por su parte, el Tribunal argumentó sobre la excepción de pago por descuento que hizo la empresa al trabajador, en los siguientes párrafos de su decisión:

Al folio 108 del primer cuaderno, dijo así:

"Por el tiempo trabajo de dos (2) años, cinco (5) meses y ocho (8) días, con un último salario de $1.800.00 mensuales, le corresponderá la cantidad de $4.390.00, de los cuales le descontaron diversas sumas en la liquidación, como pagos de préstamos y uno de Cooperativa, por $1. 972.50. La Sala, solamente acepta este último por cuanto expresamente está autorizado su descuento de las prestaciones que le pudieran corresponder (folios 30 y 31). Los de $1.508.61, por préstamos no tienen dentro del proceso respaldo legal alguno, en cuanto a que el trabajador hubiese manifestado por escrito que le fueron descontados. Por tanto, hecha la anterior deducción se condenará a la demandada al pago por $2.417.50. Sin embargo, como el Juez de instancia no condenó sino a $1.

508.61 y el único apelante fue la demandada no se le puede hacer más gravosa su situación, por lo cual se confirmará la decisión del a quo en este aspecto y así constará en la parte resolutiva de esta providencia".

Y al folio 112 añadió: "De acuerdo con el descuento autorizado por la suma de $1.972.50, se declarará parcialmente probada la EXCEPCION DE PAGO, hasta por dicha cantidad, la que se deducirá del monto total de las condenas. Se modifica la decisión del a quo y así constará en la parte resolutiva de este proveído". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se nota fácilmente la íntima vinculación que halló el sentenciador ad quem, y que existe realmente, entre la cancelación del auxilio de cesantía y el pago que propuso como medio exceptivo la empresa, pues él vino a derivarse de un descuento patronal autorizado por la ley del monto de la cesantía del trabajador Rojas Gómez.

De modo que si el Tribunal, por causa de la apelación que propuso la parte demandada, debió analizar la condena hecha contra ella por concepto de cesantía, necesariamente hubo de estudiar si se le adeudaba total o parcialmente y, en la segunda hipótesis que fue la que halló configurada, la forma como había sido satisfecha en parte tal obligación, que lo fue, según reza el fallo, por descuento legítimo del patrono.

Liquidación y pago de la cesantía y compensación hecha por la empresa son pues materias de íntimo y evidente vínculo. Por ello, cuando el Tribunal modificó lo relativo a la compensación no incurrió en la reformatio in pejus planteada en este cargo que, por ende, resulta carente de fundamento.

La prosperidad parcial del primer cargo en el aspecto de la indemnización moratoria impone que, además de las consideraciones hechas en esa oportunidad, se agreguen estas para decidir en instancia:

Aparece de autos que el contrato de trabajo entre Ingeniería y Equipos Ltda. y el señor Rojas Gómez terminó el 10 de julio de 1973, y aparece también que sólo hasta el 3 de agosto siguiente aquella consignó judicialmente lo que confesaba deberle a este (fl. 100 ibídem). O sea, que transcurrieron 23 días sin que la empresa le diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, omisión para la cual no acreditó que hubiesen existido razones valederas.

En estas circunstancias, la indemnización moratoria abarca el aludido lapso que, a razón de un salario de $60.00 por día establecido por el Tribunal y no impugnado por el recurrente, tiene un monto de $1.380.00. Habrá de modificarse así lo dispuesto en el ordinal i), numeral 1º del fallo de la primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA el ordinal d), numeral 1º del fallo recurrido y reforma el ordinal i), numeral 1º de la sentencia de la primera instancia, que quedará así:

Condénase a la sociedad "Ingeniería y Equipos Ltda." a pagarle al señor Roberto Rojas Gómez la cantidad de mil trescientos ochenta pesos ($1.380.00) por concepto de indemnización moratoria.

NO CASA en lo demás el aludido fallo.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Fondo Aeronáutico Nacional.

Para que tenga la calidad de trabajador oficial no es suficiente que la entidad que se beneficia de los servicios personales tenga entre sus funciones la de construir y mantener obras públicas, sino que es necesario que el trabajador esté vinculado a dichas actividades, es decir, que sea trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas, como expresamente lo dice el Art. 5º del Decreto 3135 de 1968

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 24).

Nydia Blanca Porras Flórez, mayor, vecina de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la entidad oficial "Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil", con domicilio en Bogotá, para que se la condenase a pagarle los siguientes valores: indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, prima proporcional de navidad, indemnización moratoria por no pago de la indemnización por despido y prestaciones sociales y las costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda, en síntesis, dicen lo siguiente: Entre Nydia Porras Flórez y el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se celebró por escrito un contrato de trabajo a término indefinido en la cual la primera se obligó a prestarle a la segunda sus servicios personales como operadora de computador telefónico en el Aeropuerto Internacional del Dorado en Bogotá, habiéndose iniciado la relación laboral el 5 de octubre de 1970 y terminado el 15 de marzo de 1973, por decisión unilateral del Departamento de Aeronáutica Civil comunicada a la demandante el 30 de marzo del mismo año. El motivo invocado para despedirla fue el de no haberse presentado a desempeñar sus labores sin causa justificada desde el 2 de marzo de 1973; solicitó la demandante reconsideración del despido y el Departamento de Aeronáutica Civil lo negó y adujo una causal diferente para la terminación del contrato, cual es la de no haberse presentado en el Aeropuerto de Palmaseca de Cali a prestar sus servicios ordenados en Resolución que no le fue notificada. Hecha la solicitud para que se le pagaran las prestaciones en vista de que no se le había reintegrado, la demandante no ha recibido los valores correspondientes a pesar de haberse transcurrido los 90 días previstos en el Decreto 797 de 1949.

Al contestar la demanda el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil negó los hechos y se opuso a las pretensiones.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dictó sentencia en cuya parte resolutiva condenó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a pagar a Nydia Blanca Porras Flórez la suma de tres mil quinientos ocho pesos por con-

cepto de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo y cincuenta y dos pesos con 66/100 a partir del día 13 de junio de 1973 hasta cuando se verifique el pago de la condena anterior, a título de indemnización moratoria; la absolvió de las demás peticiones; declaró probada la excepción de pago y condenó en costas a la parte demandada, que apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió la apelación en sentencia de treinta de junio de mil novecientos setenta y seis que Revocó la de primer grado y en su lugar absolvió al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil de todas y cada una de las súplicas invocadas en la demanda, disponiendo además que no había costas en ninguna de las instancias.

Recurrió en casación el apoderado de Nydia Porras Flórez. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte opositora no presentó escrito de réplica.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente que la Corte "Case Totalmente la sentencia pronunciada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, la cual después de revocar en todas sus partes la dictada por el a quo en donde había sido condenado el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil al pago de la indemnización por la terminación injusta del contrato y a la indemnización moratoria; absolvió al Departamento Administrativo demandado de todas y cada una de las súplicas incoadas en la demanda por Nydia Blanca Porras Flórez. Que como Tribunal de instancia una vez producida la casación, confirma la sentencia del Juez de primera instancia en cuya virtud se condenó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil a pagarle a la actora el valor de la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria y las costas del proceso".

Con fundamento en la causal primera de casación presenta un solo cargo, así:

Cargo único

"Acuso la sentencia de ser indirectamente violatoria del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en relación con los artículos 5º y 30 del Decreto 1050 de 1968, por aplicación indebida a causa de ostensibles errores de hecho manifiestos en los autos, originados en la errónea apreciación y entendimiento de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras. Consecuencialmente por la violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 43, 44 y 45 del Decreto 3140 de 1968 y 1º del Decreto 3141 de 1968, mediante los cuales se reorganizó el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se fijaron sus funciones, se creó el Fondo Aeronáutico Nacional y se determinó la planta de personal del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, respectivamente, y con la consecuencial violación por aplicación indebida de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945; 2º de la Ley 64 de 1946, modificativa del artículo 8º de la Ley 6ª de 1945; de los artículos 1º, 2º, 3º, 38, 40, 43, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, según se precisará en el desarrollo del cargo".

Los errores de hecho los hace consistir en:

"Primero. En dar por demostrado, sin estarlo, que la actora prestó sus servicios personales al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil como empleada pública. Segundo. En no dar por demostrado, estándolo, que dentro de la reorganización del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se creó el Fondo Aeronáutico Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de atender los gastos que demande la adquisición, construcción, administración y mantenimiento de los aeropuertos nacionales y de las obras de infraestructura aeronáutica, señaladas en los artículos 19 a 23 del Decreto 3140 de 1968, reorgánico del Departamento. Tercero. No dar por demostrado, estándolo, que el Fondo de Aeronáutica Nacional tiene, conforme a su naturaleza

el régimen jurídico de los establecimientos públicos. Cuarto. No dar por demostrado, estándolo, que Nydia Blanca Porras Flórez como dependiente del Fondo Aeronáutico Nacional, encargada de las obras de construcción y mantenimiento de los aeropuertos nacionales, prestó sus servicios en el Aeropuerto de El Dorado de Bogotá, como operadora de teléfonos. Quinto. No dar por demostrado, estándolo, que Nydia Blanca Porras como trabajadora del establecimiento encargado del sostenimiento de obras públicas como construcción, mantenimiento y servicios de aeropuertos nacionales, era trabajadora oficial, y en tal virtud, se vinculó a la entidad mediante contrato de trabajo válidamente celebrado. Sexto. En no dar por demostrado estándolo, que la demandante sin mediar justa causa fue despedida de la entidad demandada, sin reconocerle y pagarle las indemnizaciones pertinentes al despido injusto y a la mora".

Como pruebas erróneamente apreciadas indica: "a) El contrato de trabajo suscrito por las partes, fls. 2 a 3 del cuaderno Nº 1 del expediente. b) La comunicación de terminación del contrato de trabajo, fl. 4 del cuaderno Nº 1 del expediente".

Las pruebas que señala como no apreciadas, son: "a) Fotocopia de una cuenta de cobro correspondiente al Fondo Aeronáutico Nacional de fl. 11 del cuaderno Nº 1 b) Documento o certificación expedida por la Administradora del Aeropuerto El Dorado, según el cual, la actora prestó sus servicios en el Aeropuerto Internacional de El Dorado hasta el catorce (14) de marzo de mil novecientos setenta y tres (1973). (Fl. 10). c) Documento referente a la constancia de retiro de la Pagaduría del Fondo Aeronáutico Nacional, de un cheque girado en favor de la demandante por concepto de prima de navidad, suscrito por el señor Germán Dueñas, pagador del Fondo Aeronáutico Nacional, de fl. 27 del cuaderno Nº 1 del expediente".

El impugnador sustenta el cargo así:

"La contestación de la demanda en la cual no se aceptó 'la vinculación contractual en las fechas indicadas, ni la forma de terminación', motivó para el ad quem la necesidad de estudiar la naturaleza de la entidad demandada. Para el efecto, transcribió in extenso la sentencia pronunciada por esa misma Sala del Tribunal el treinta (30) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976) en el juicio ordinario de Alfredo Silva Romero contra el Fondo Aeronáutico Nacional, para en armonía con ella concluir en que, en el presente caso, la parte actora no probó con los estatutos, que dicho cargo fuera de los que pueden ejercer las personas vinculadas por contrato de trabajo a los establecimientos públicos, señalándole, en consecuencia, el **status** de empleada oficial. Con arreglo, al artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 los trabajadores de la construcción y **sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales;** presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos públicos.

Esas actividades, parece, determinan el carácter de trabajadora oficial para quien las realiza y sobra y sobraría la repetición de que en los estatutos tuviera que indicarse que las actividades relativas al sostenimiento de obras públicas, podían ejercerse por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, que ha sido el criterio expuesto por el Honorable Tribunal al apreciar el contrato de trabajo que vinculó a las partes que corre a fls. 2 a 3 del cuaderno Nº 1 del expediente. La actora ingresó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil mediante contrato de trabajo suscrito para prestar sus servicios en el Aeropuerto de El Dorado de Bogotá a partir del 5 de octubre de 1970. De acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 en armonía con el Decreto 3140 de 1968, reorgánico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y creador del Fondo Aeronáutico Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y bajo el régimen jurídico de los establecimientos públicos que es el encargado de atender la adquisición, construcción, administracción y mantenimiento de las obras de infraestructura, concretadas en la construcción de aeródromos, aeropuertos, mantenimiento de los mismos y en general de las indicadas en los Arts. 19 a 23 del citado Dcto. 31

40 de 1968, se tiene que las personas que le prestan sus servicios personales son trabajadores oficiales, porque los prestan en el mantenimiento de obras públicas como son los aeropuertos nacionales. Entonces, pues, habiendo ingresado la demandante a la entidad demandada para prestar sus servicios en actividades relativas al sostenimiento de obras públicas cual es la función del Fondo Aeronáutico Nacional encargado de construir y mantener los aeropuertos nacionales, resulta ostensible el error de hecho del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, al no haber apreciado los documentos de fls. 10, 11 y 27 del cuaderno Nº 1 del expediente, que demuestran la subordinación de la trabajadora a ese establecimiento y al apreciar ineficaz el contrato de trabajo por cuanto no se aportaron los estatutos que en su decir, señalaran que la actividad de la trabajadora podía desempeñarse en un establecimiento público mediante contrato de trabajo, cuando del mismo contrato de trabajo emana su legalidad por la razón de la actividad contratada. Ese ostensible error en la apreciación del documento referido, y la no apreciación de los indicados como olvidados condujeron indirectamente al quebrantamiento del Art. 5º del Decreto 3136 de 1968, por aplicación indebida ya que en la primera parte de la norma se le asigna el carácter de trabajador oficial a las personas que presten sus servicios en el sostenimiento de obras públicas, independientemente de lo que al respecto establezcan los estatutos de los establecimientos. Y, consecuencialmente, al quebrantamiento de los artículos 43, 44, 45, 46, 19 a 23 del Decreto 3140 de 1968, por el cual se reorganizó el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se fijaron sus funciones y se creó el Fondo Aeronáutico Nacional, en cuanto que desconoció la naturaleza de la entidad demandada y dentro de ella la existencia y la naturaleza también del Fondo Aeronáutico Nacional en sus funciones de construcción y mantenimiento de obras públicas, como son los aeropuertos nacionales. El ostensible error de hecho en la apreciación o en el entendimiento del contrato de trabajo, condujo al Tribunal a ignorar que la actora como operadora de teléfonos pertenecía a la División de Servicios de Aeropuertos, bajo la dirección del Fondo Aeronáutico Nacional, y tal desconocimiento lo condujo a la violación, por aplicación indebida del Art. 1º del Dcto. 3141 de 1968 por el cual se determinó la planta de personal del Departamento de Aeronáutica. De lo anterior se infiere que el contrato de trabajo que ligó a las partes no fue afectado en su validez por la ausencia de los estatutos del establecimiento, en la forma indicada en la sentencia recurrida, porque los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, han de ceñirse en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos, según mandato de los artículos 5º y 30 del Decreto 1050 de 1968, indirectamente quebrantados por la sentencia recurrida al no entender que al documento de fls. 2 a 3 o sea el contrato de trabajo se ciñó a la ley o norma que creó el Fondo Aeronáutico Nacional, como Establecimiento público con las condiciones que la estructuran. El Honorable Tribunal Superior de Bogotá, acorde con el criterio según el cual la vinculación de la actora con la demandada fue de empleada pública, apreció el documento de fl. 4 del cuaderno Nº 1 del expediente, como un acto administrativo contentivo de la expresión de la voluntad del establecimiento para declarar la insubsistencia de una relación de servicios. Empero, se ha indicado que la relación entre las partes no fue de empleada pública, sino de trabajadora oficial que surgió a la vida jurídica mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido. Como ha quedado establecido que el contrato de trabajo fue válidamente celebrado entre las partes, la terminación del mismo no es una declaratoria de insubsistencia de la trabajadora, sino declaratoria de despido, de terminación unilateral, y sin justa causa del contrato de trabajo. El equivocado entendimiento del documento indicado, originado desde luego, en el error en la apreciación del contrato de trabajo, o en su desconocimiento como regulador de las relaciones entre las partes, irremediablemente condujo al Honorable Tribunal, al quebrantamiento de los artículos 1º, y 11 de la Ley 6ª de 1945, en cuanto olvidó que la prestación de los servicios de la actora se originaron en un contrato de trabajo a término indefinido, prorrogable de seis meses, bajo condición

resolutoria e indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable del incumplimiento contractual. Y de la misma manera, y por los ostensibles errores de hecho originados en la equivocada apreciación y en la falta de apreciación de los documentos referidos, el Honorable Tribunal quebrantó por la vía indirecta los artículos 1º, 2º, 3º, 38, 40, 43, 47, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, en cuanto a que la relación jurídica que vinculó a las partes no la hizo depender de un contrato de trabajo legalmente celebrado, cuyo incumplimiento determinaría para el trabajador el derecho a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para el cumplimiento del plazo presuntivo, cuyo no pago origina la indemnización moratoria. La equivocada apreciación del contrato de trabajo y del documento referente a la terminación del mismo, originaron que el Honorable Tribunal, en la sentencia recurrida absolviera a la demandada de la condena al pago del lucro cesante o indemnización por despido injusto, y esa la razón del quebrantamiento, por la vía indirecta del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, en cuanto a que, frente al hecho del no pago de la indemnización por el lucro cesante dentro del término de 90 días, olvidó aplicarlo, con la consiguiente absolución de la condena al pago de la indemnización moratoria. Los ostensibles errores de hecho originados en la errónea apreciación de las pruebas indicadas y en la falta de apreciación de las otras, condujeron al Honorable Tribunal a la consideración de que al vínculo en cuyo desarrollo la actora le prestó sus servicios al establecimiento demandado, no fue originado en su contrato de trabajo, sino en una relación legal y reglamentaria determinante del carácter de empleada pública y por ello precisamente, al quebrantamiento por la vía indirecta de las disposiciones sustantivas indicadas en el cargo como violadas y como consecuencia de ello a la absolución para el establecimiento de las súplicas de condena al pago de la indemnización por despido injusto y al pago de la indemnización moratoria demandada. De no haber incurrido el Honorable Tribunal en los errores de hecho originados en el equivocado entendimiento de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras, hubiera condenado al establecimiento demandado al pago de la indemnización por despido injusto y a la correspondiente indemnización moratoria".

Se considera

El Tribunal Superior no hizo una apreciación directa del contrato de trabajo que celebraron las partes. Pero como en la transcripción que hace de pasajes de un fallo anterior que consideró inválido un contrato de trabajo celebrado entre el Fondo de Aeronáutica Nacional y uno de sus servidores y esta es la única argumentación del ad quem para llegar a la conclusión de que Nydia Blanca Porras Flórez no estuvo vinculada al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por medio de un contrato de trabajo, se examinará la acusación que hace el casacionista por violación de la ley a través de manifiestos errores de hecho.

Plantea el recurrente, en síntesis, que teniendo la demandada y el Fondo Aeronáutico Nacional entre sus funciones las de atender la adquisición, construcción, administración y mantenimiento de las obras de infraestructura concretadas en la construcción de aerolíneas e infraestructuras, no era necesario que en los estatutos del establecimiento público se hubiera considerado la actividad desarrollada por la demandante como susceptible de ser desempeñada mediante contrato de trabajo por cuanto ella trabaja en construcción de obras públicas y su mantenimiento.

Como el recurrente y el Tribunal Superior se refieren tanto a la entidad demandada, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y al Fondo Aeronáutico Nacional un establecimiento público administrado por el primero se estudiarán cuáles son las funciones de esas entidades para determinar si las mismas la demandante prestó servicios mediante un contrato de trabajo.

Dice el artículo 1º del Decreto 3140 de 1968:

"El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil tendrá las siguientes

funciones: a) Reglamentar, orientar e inspeccionar el comercio aéreo y la aviación civil; b) Controlar el tráfico aéreo; c) Efectuar la operación de las comunicaciones aeronáuticas; d) Construir, instalar, administrar y mantener las obras y elementos de infraestructuras aeronáutica; e) Las que se relacionan en general con la Aviación Civil y el Transporte Aéreo y las demás que le señalen las disposiciones vigentes y que no sean contrarias al presente Decreto. Parágrafo. El Departamento cumplirá las funciones contempladas en el ordinal d) de este artículo como administrador del Fondo Aeronáutico Nacional que se crea por el presente Decreto".

Los artículos 43 y 44 del Decreto 3140 de 1968 disponen:

"ARTICULO 43. Créase el Fondo Aeronáutico Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de atender los gastos que demande la adquisición, construcción, administración y mantenimiento de las obras de infraestructuras aeronáutica y en general los servicios que en materia de operación de los aeropuertos y de las ayudas a la navegación debe prestar el Estado". "ARTICULO 44. Al Fondo Aeronáutico Nacional se aplicará conforme a su naturaleza, el régimen jurídico de los Establecimientos Públicos".

De las normas transcritas se concluye que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como administrador del Fondo Aeronáutico Nacional desarrolla las funciones de construir, instalar, administrar y matener las obras y elementos de infraestructura aeronáutica; lo cual, trasladado al campo laboral, significa que aún siendo la Aeronáutica Civil un Departamento Administrativo y el Fondo Aeronáutico Nacional un establecimiento público, algunos de sus servidores, en cuanto vinculados a la construcción y mantenimiento de obras públicas, pueden ser trabajadores oficiales y que respecto de los mismos no es necesario que en los Estatutos del establecimiento público se precise si esas actividades pueden ser desempeñadas contractualmente.

En el caso en estudio Nydia Blanca Porras Flórez celebró un contrato con el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en cuya cláusula primera se estipuló que: "La trabajadora se obliga a poner al servicio del Departamento toda su capacidad de trabajo en forma exclusiva, en desempeño de las funciones de operadora de Conmutador Telefónico y en las labores anexas y complementarias del mismo de conformidad con las órdenes e instrucciones que se le impartan". Y en la cláusula cuarta se dijo: "El presente contrato tiene vigencia a partir del 5 de octubre de 1970, fecha en que la trabajadora se incorpora al servicio del Departamento, por el término de la comisión que cumple en el Aeropuerto de Medellín la señorita Gloria Ligia Escobar, quien se encuentra disfrutando de una licencia".

Por las funciones que debía desarrollar la demandante y por el lugar en donde debía realizarlas, no surge con claridad que hubiese prestado sus servicios en el mantenimiento de obras públicas como son los aeropuertos del Estado. La simple labor de operadora de teléfonos no es propia del mantenimiento de una obra pública y ninguna de las otras pruebas señaladas por el recurrente establece una relación directa o indirecta con el mantenimiento de los Aeropuertos, tampoco acreditan esos medios probatorios que el Aeropuerto de Medellín y El Dorado de Bogotá estuviesen en construcción para que pudiera establecerse una vinculación entre la actividad desarrollada por la demandante y la construcción de una obra pública.

Para que tenga la calidad de trabajador oficial no es suficiente que la entidad que se beneficia de los servicios personales tenga entre sus funciones la de construir y mantener obras públicas, sino que es necesario que el trabajador esté vinculado a dichas actividades, es decir, que sea trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas, como expresamente lo dice el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Y esa vinculación, directa o indirecta, no surge en el caso en estudio de las pruebas indicadas por lo que ya se dijo del contrato de trabajo, y porque la comunicación de despido que obra a folio 4 nada dice sobre las labores cumplidas por Nydia Blanca Porras Flórez, ni se encuentran señaladas en la fotocopia no autenticada de folio 11, ni en la certificación de folio 10 sobre el hecho de haber trabajado la demandante como Operadora de con-

mutador telefónico en el Aeropuerto Internacional de El Dorado, ni en el documento de folio 27, que acredita el retiro por parte de Nydia Blanca Porras de la Pagaduría del Fondo Aeronáutico Nacional de un cheque por valor de $263.32 por concepto de Prima de Navidad. No incurrió el Tribunal Superior, por lo tanto, en error manifiesto de hecho al no haber dado por demostrado que Nydia Blanca Porras Flórez prestó sus servicios mediante un contrato de trabajo válidamente celebrado con el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o con el Fondo Aeronáutico Nacional en la construcción y mantenimiento de obras públicas. En consecuencia el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el treinta de junio de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso extraordinario por no haberse causado.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Inciso final del aparte A) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965)

Las consecuencias de la terminación unilateral del contrato cuando el patrono no da al trabajador el aviso anticipado de quince días a que se refiere el inciso final del aparte A) del Artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Plena. — Bogotá, D. E., mayo veintiséis de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 12).

El Capitán Luis Octavio Camacho, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la **Compañía Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)** para que se la condenase: a pagarle la indemnización de que habla el literal d) del artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965 por despido injustificado después de haber cumplido más de 15 años al servicio de la empresa; a reconocerle la pensión de jubilación a partir de la fecha en que cumpla los cincuenta años de edad, al tenor del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961; a pagarle el salario completo, reajustado con las alzas que han debido beneficiarlo por haber sido decretadas durante su enfermedad por el término de seis meses que corresponde a su incapacidad parcial, de conformidad con el literal a) del numeral 2º del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo; a reconocerle la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que requiera, por el término de dos años, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo; a pagarle por concepto de su enfermedad profesional una suma de dinero correspondiente a 23 meses de su último salario, o la indemnización que fija la Sección de Medicina e Higiene en el Trabajo, de conformidad con el literal b) del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo; a pagarle la suma de dinero equivalente al trabajo dominical y en días festivos realizados desde su ingreso hasta el retiro de la empresa.

Los hechos de la demanda, en síntesis, son los siguientes: El Capitán Luis Octavio Camacho ingresó como trabajador de Avianca el día 16 de noviembre de 1956 y fue retirado de la empresa el día 1º de febrero de 1972, después de haber completado 15 años 2 meses y 15 días al servicio de la misma; el Capitán Camacho comenzó a enfermarse gravemente en los primeros meses de 1971 de una afección pulmonera crónica cuya exacta etiología se desconoce, y su última incapacidad reconocida por la empresa se inició el 28 de mayo de 1971; el 31 de enero de 1972 la sociedad demandada en nota firmada por su administrador de Personal comunicó al Capitán Camacho que había decidido dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con él a partir del 1º de febrero siguiente, aduciendo como razón la incapacidad médica laboral del Capitán para desempeñar sus labores como piloto de la empresa, lo que implicaba la imposibilidad para cumplir con sus obligaciones laborales; el contrato de trabajo se liquidó como si se hubiera dado por terminado con una justa causa.

Al dar contestación a la demanda el apoderado judicial de Aerovías Nacionales

de Colombia S. A. "Avianca" aceptó únicamente como cierto el hecho de la enfermedad crónica del Capitán Camacho y su última incapacidad a partir del 28 de mayo de 1971. Fundamentó principalmente su defensa en los siguientes hechos y razones: que el contrato de trabajo fue terminado con justa causa; que la enfermedad sufrida por el Capitán Camacho no fue profesional y que le pagó sumas superiores a las que legalmente le correspondían por prestaciones sociales. Propuso las siguientes excepciones: "1ª. Pago. 2ª. Cobro de lo no debido. 3ª. Prescripción. 4ª. Inepta demanda de carácter sustantivo y adjetivo. 5ª. Compensación. 6ª. Carencia de Acción y Título para pedir. 7ª Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada. 8ª. Petición antes de tiempo. 9ª. Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada con fundamento en el Código Sustantivo del Trabajo, por ser norma de carácter general. 10ª. Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio con fundamento en el Código Sustantivo del Trabajo y no con fundamento en el Laudo Arbitral de la fecha 17 de febrero de 1970 y las aclaraciones de fechas 20 y 23 de febrero del mismo año. 11ª. Transacción. Todas las demás excepciones que aparezcan probadas y demostradas en juicio, las cuales deben ser declaradas de oficio por el Juzgado y fundamentalmente insisto en la de compensación para el caso de que resultare alguna obligación a cargo de la sociedad demandada y la cual expresamente hago consistir en el hecho de que la sociedad demandada pagó al actor sumas mayores de las que conforme a normas legales, convenciones y arbitrales está y estaba obligada".

Cumplido el trámite de primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el **Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá**, dictó sentencia el treinta de enero de mil novecientos setenta y seis, en cuya parte resolutiva condenó a Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca) a pagar al señor Luis Octavio Camacho la suma de $106.483.01 por concepto de indemnización por despido injusto, y una pensión de jubilación por valor de $5.884.07 mensuales a partir de la fecha en que el actor cumpla cincuenta años de edad; la absolvió de los demás cargos; no declaró probada las demás excepciones que propuso y la condenó en costas.

Apelaron los apoderados de ambas partes. El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral,** en sentencia de veintidós de abril de mil novecientos setenta y seis decidió la apelación en el sentido de modificar la cuantía de la condena por indemnización por despido para fijarla en $6.350.95; revocó la condena por pensión de jubilación y en su lugar absolvió de esta petición; condenó a la demandada al 5% de las costas de primera instancia y no hizo condena por las de segunda.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Luis Octavio Camacho. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria. La parte opositora no se opuso dentro del término legal señalado para ello.

El recurso

Presenta el recurrente el Alcance de la Impugnación así: "Con el presente recurso de casación se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia en los numerales 1º, 2º, 3º, y 5º, de su parte resolutiva, por los cuales el **ad quem** redujo la condena por indemnización por despido a $ 6.350.93 M/cte., y revocó la condena por pensión —sanción de jubilación y limitó la condena en costas de la primera instancia al 5%, declarando no haber lugar a ellas en la segunda instancia—. Una vez constituida la H. Corte en sede de Instancia, se servirá confirmar las condenas impuestas por el **a quo** por las acreencias laborales mencionadas de indemnización por despido y pensión de jubilación, pero modificando para elevar la cuantía de las mismas con base en el último salario promedio mensual devengado por el actor que fue de $12.701.90 M/cte., superior al que tomó en cuenta el Juez de primer grado. Igualmente se servirá confirmar el punto quinto que contiene la condena en costas a cargo de la parte demandada. Como resultado de lo anterior, se

impondrá igualmente a la demandada el pago de las costas de segundo grado".

El impugnador formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"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, a causa de la interpretación errónea del artículo 7º aparte a) numeral 15 e inciso final del Decreto 2351 de 1965, en relación con el artículo 4º del Decreto 1373 de 1966, y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, violación que a la vez condujo a la aplicación indebida de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961. El Decreto 2351 de 1965 fue adoptado como norma permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Si el Tribunal hubiera interpretado correctamente la norma primeramente citada, habría llegado a la conclusión de que la demandada despidió en forma unilateral e injusta al actor, y por ende, que debía pagarle la correspondiente indemnización por despido y pensión-sanción de jubilación, motivo por el cual, las normas sustanciales que consagran estos derechos fueron aplicados indebidamente, pues con fundamento en ellas el Tribunal absolvió a Avianca de tales súplicas del libelo, cuando su correcta aplicación lo ha debido conducir a imponer las referidas condenas".

Al sustentar el cargo afirma el casacionista que se conforma para los efectos del mismo con los presupuestos fácticos de la sentencia, cuales son la enfermedad que aquejó al actor durante más de ciento ochenta días y el no cumplimiento de la formalidad del preaviso de quince días. Transcribe un pasaje del fallo impugnado y argumenta:

"Claramente se observa el yerro hermenéutico en que incurre el sentenciador, al crear una nueva clase de despido que denomina 'irregular', cuando la legislación laboral vigente no contempla tal extraña modalidad, pues únicamente regula el despido, legal o ilegal y justo o injusto, pero en ninguna parte de las disposiciones señaladas en el planteamiento de la censura se contempla el llamado 'despido irregular', que en sentir del Tribunal no encaja dentro de las figuras usuales u ordinarias ya mencionadas. Afirma además la Sala falladora que el daño causado por el acto injusto del patrono tiene una entidad etiológica menor cuando se omite un requisito como lo es el preaviso o deshaucio, conclusión que también es equivocada, pues igual perjuicio recibe el trabajador dentro de su estabilidad laboral en uno y otro evento, pues de todas maneras se produce la terminación de su vinculación laboral, y por ende, la pena o sanción debe ser la misma, cual es el pago de la indemnización prevista en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y la pensión-sanción contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Es, pues, ostensible la equivocada interpretación que presenta el fallo acusado, al establecer un peculiar despido llamado 'irregular' y atribuirle unas consecuencias jurídicas no previstas en la Ley. El Tribunal acepta que la empresa no dio preaviso alguno al trabajador demandante, no obstante que así lo requería la causal invocada que se apoyó en el artículo 7º, aparte a) numeral 15 del Decreto 2351 de 1965, pero entiende que tal situación conduce sólo a hacer el despido 'irregular', sancionado con el pago de los quince días de desahucio a que se refiere la regla legal en comento. Con anterioridad al Decreto 2351 de 1965 la Corte sostuvo acertadamente que la omisión del preaviso 'hace incurrir al patrono en las consecuencias del rompimiento unilateral sin justa causa justificativa, es decir, en la violación del contrato y en la satisfacción consiguiente en las indemnizaciones que por ese motivo resulten a favor del trabajador' (Casación del 30 de abril de 1960 G. J. Nos. 2223/24, pág. 758), jurisprudencia que ahora debe reiterarse pues no es exacto, como se ha pensado, que el cambio de redacción del artículo 8º del citado Decreto en relación con el primitivo artículo 64 del estatuto laboral, conlleva una sustancial variación de la sanción del despido unilateral e ilegal por el despido sin justa causa. En sentencia del 24 de julio de 1972, con ponencia del mismo H. Magistrado que ahora conoce de este recurso, se señala expresamente como uno de los requisitos para que el patrono pueda 'dar por terminado el contrato de trabajo con

justa causa' al preaviso no menor de quince (15) días' (Juicio de Rito Antonio Goyeneche Vs. Flota Mercante Grancolombiana S. A.). A **contrario sensu**, la supresión del preaviso torna en ilegal e injusta la determinación patronal de poner fin al vínculo de trabajo. El aviso previo de quince días o su compensación en dinero se constituye en elemento fundamental para la terminación legal y justificada del contrato de trabajo, y su omisión no conduce a calificar el despido de 'irregular', sino lo convierte en unilateral e injusto, pues no otra consecuencia puede derivarse del incumplimiento de los requistios que la Ley señala para la validez de determinado acto. Si alguna duda pudiera existir sobre ese particular, debe resolverse en favor del trabajador conforme al mandato del artículo 21 del Código. La doctrina que cita la sentencia impugnada se refiere a un caso particular y no es de la Sala Plena de esa H. Corporación, por lo cual en manera alguna puede constituir jurisprudencia reiterada sobre el punto analizado, frente al hecho claro e irrefragable de la ausencia del desahucio como forma de incumplimiento contractual que conduce al pago de los correspondientes perjuicios tarifados en la tabla indemnizatoria del artículo 8º del Decreto 2351 de 1961, y de la pensión-sanción de jubilación por tiempo de servicios superior a quince días (sic) (fl. 8) y capital de la demandada que se presume exceder de $800.000.00 M/cte., pues aquella no demostró lo contrario. Procede por tanto la casación de la sentencia y en sede de instancia despachar favorablemente lo pedido en el alcance de la impugnación".

Por su parte el Tribunal Superior, luego de dar por sentado que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono tuvo como causa la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador cuya curación no fue posible en 180 días; que esa enfermedad se encontraba probada dentro del proceso; que la sociedad demandada no dio el preaviso de quince días 'sin el cual la terminación unilateral del contrato deviene en ilegal' y de transcribir un pasaje de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de veintidós de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, argumentó en los siguientes términos:

"Bajo este criterio, dentro de una sana hermenéutica de la norma así como dentro del entendimiento y alcance de lo que constituye un despido justo pero irregular más que ilegal, pues a juicio de la Sala en en el evento de autos lo que ha ocurrido, antes que despido injusto, ha sido la terminación irregular del contrato de trabajo por parte del empleador, es obvio que las consecuencias en una y otra hipótesis son diferentes pues el daño causado por el acto injusto del empresario no puede tener la misma sanción, ya que su entidad etiológica es menor cuando para hacer uso del derecho de terminar el contrato por justo motivo requiere llenar un requisito y lo omite, como en el evento de desahucio o preaviso. De ahí la razón para que varíe igualmente la pena contra el **patrono en que uno y otro caso cuando se dan separadamente las dos modalidades** de ruptura del vínculo jurídico contractual de trabajo, la justa y la irregular, pues puede darse el caso en que concurran ambas. Por manera que en el segundo evento de la terminación irregular exclusivamente, el efecto no puede ser otro que el de sancionar al empleador con el pago de los salarios correspondientes al valor del preaviso, y no al monto de la indemnización a que se obliga a reparar el daño causado con el despido injusto. De lo expuesto precedentemente, para aplicarlo al caso **sub lite**, se concluye que debe modificarse el pronunciamiento condenatorio del juez **a quo** por indemnización por despido, para en su lugar proferir condenación al pago del valor del preaviso no dado por la empresa al trabajador, demandante. En estas condiciones con base en el último salario devengado por el trabajador aunque no tenga el carácter de indemnización **stricto sensu** se condena a la empresa a pagar al demandante la suma de $6.350.95 a título de indemnización por despido irregular equivalente a 15 días de preaviso ordenados por la Ley".

Se considera

Antes de la vigencia del Decreto 2351 de 1965 la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral fue constante en el sentido de que el incumplimiento por parte del patrono del preaviso señalado en el artículo

63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo con fundamento en las justas causas allí establecidas, daba derecho al trabajador a recibir la indemnización contemplada en el artículo 64 ibídem. Así en sentencia de treinta de abril de mil novecientos sesenta dijo:

"Considera la Sala que la causal a que el sentenciador se refiere exige, para que su ejercicio no sea inepto y se acomode a la norma laboral, no sólo la existencia plenamente comprobada de los hechos que la configuren, sino, además que se cumplan las condiciones previas de la ley, que impone: un determiando preaviso o el pago de su equivalente en dinero, pues si esas condiciones no se cumplen el desp'do resulta ilegal, con las consecuencias que tal proceder acarrea. En apoyo de lo anterior, estima la Sala oportuno transcribir, en lo pertinente, la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, al resolver un caso análogo al presente, en donde se expresó lo siguiente: 'De esto se concluye que el patrono que despide a su trabajador con causa en el aparte A) numeral 1º del artículo 63, debe cumplir con la obligación previa de avisar por escrito a la otra parte con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal lapso, invocando el motivo incluido en dicho numeral. La omisión de este requisito hace incurrir al patrono en las consecuencias del rompimiento unilateral sin causa justificativa, es decir, en la violación del contrato y en la satisfacción consiguiente de las indemnizaciones que por ese motivo resulten a favor del trabajador: salarios del tiempo faltante y los demás perjuicios que pruebe haber sufrido por causa y con ocasión de la ruptura unilateral del contrato (artículo 64 Código Sustantivo del Trabajo). (Casación de fecha 14 de junio de 1956, juicio de Werner Obermann, contra Francisco Gigl)" (Gregorio Sariegos contra Edil Limitada, Gaceta Judicial Tomo XCII, números 2223, 2224, página 758).

Con posterioridad al citado Decreto, adoptado como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, la jurisprudencia no ha sido uniforme. Así, la Sala de Casación Laboral, en sentencia de veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y dos estimó que la terminación del contrato se producía con justa causa cuando "el trabajador ha estado incapacitado temporalmente por enfermedad no profesional o lesión cuya duración no haya sido posible en ciento ochenta días, siempre que el despido se haga al vencimiento de dicho lapso y previo aviso no menor de quince días". (Rito Antonio Goyeneche contra Flota Mercante Grancolombiana).

En casación de veintidós de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, con fundamento en lo dicho en fallo anterior, dijo que la omisión del preaviso de quince días no convertía la terminación unilateral del contrato en injusto, expresándose en los siguientes términos: "La Corte ha dicho que la omisión del preaviso para poner fin a un contrato, en los casos en que lo exige el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 aparte A) hace la terminación ilegal pero no la transforma en injusta, porque probada la justa causa, la falta de tal formalidad 'no convierte un modo específico de ley en otro de causa diferente'. Esto es lo que se dice en la sentencia cuyos apartes transcribió el recurrente y es jurisprudencia de la Sala, por lo que resulta equivocado lo expuesto sobre el tema por el Tribunal de Medellín y el opositor, pero se repite. era necesario para quebrar este soporte de la sentencia que el recurrente citara como violado el precepto señalado por el ad quem, que corresponde al inciso segundo del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, e indicara el concepto de la violación", (Alberto Villegas Botero contra "Distribuciones Grace y Cía. (Colombia) S. A.". o "Grace y Cía. (Colombia) S. A.".

En sentencia de la Sala Plena Laboral de veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos, se dijo:

"Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 solo constituye despido el de su literal h) que lo expresa en su concepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que,

como la primera, recogen actos de voluntad muy diferente del consentimiento común (literal b), o de la expiración del plazo pactado (literal c), o del convenio con referencia a la obra (literal d), o de que el trabajador no regrese a su empleo al desaparecer la causa de la suspensión del contrato (literal i), como distintos son también los modos que obedecen a la muerte del trabajador (literal a), a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e), a la suspensión de actividades del patrono durante más de 120 días (literal f) y a sentencia ejecutoriada (literal g). Todos los anteriores son modos de terminación legal del contrato y como tales, en principio, no causan reparación de perjuicios. Mas respecto de la decisión unilateral, y seguramente en razón de la voluntad que la determina y de la necesidad de reglarla, el legislador distinguió entre la que tuviera justa causa, concretándolas en el artículo 7º de dicho decreto, y toda otra no señalada por él, para crear derecho a indemnización por ésta, como lo hizo en sus regulaciones del artículo 8º ibídem. Significa lo anterior que el despido tiene configuración propia, y únicamente se le sanciona cuando se produce sin justa causa, por lo que las indemnizaciones del precepto octavo mencionado solo se causan cuando el modo de terminación del contrato es esa decisión unilateral injusta. Sistema legal que difiere del establecido anteriormente por el Código de Trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa. Lo que explica que la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el acusador, respecto de dicho Código, no sirva para situaciones que hoy difieren en su tratamiento legal, y que aún la producida por la Sala, en la sentencia que asimismo se cita, ceñida a aquella jurisprudencia, confunde la terminación ilegal con la injusta, lo que ha de revisarse en sentido de que la que indemniza el texto 8º en cita es la última, y la otra será sancionable, en su caso, pero por el régimen general de los perjuicios, con su prueba, o por las referencias específicas que el asunto tenga, en el suyo, o por uno y otras, pero no por las graduaciones y cuantías del estudiado precepto que sustituyó el 64 del Código Laboral". (Gaceta Judicial Tomo CX LII, números 2352 a 2357, páginas 476 y 477).

Conviene unificar la jurisprudencia sobre el caso en estudio y a ello procederá la Corte en Sala Plena Laboral, aclarando que la rectificación que se haga versará exclusivamente sobre las consecuencias de la terminación unilateral del contrato cuando el patrono no da al trabajador el aviso anticipado de quince días a que se refiere el inciso final del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, quedando sin rectificación los demás aspectos a que se refieren las jurisprudencias aludidas, especialmente los contemplados en el fallo de Sala Plena de veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos.

El artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 señala 15 causales para despedir al trabajador. Los numerales del 1º al 8º producen efectos ipso facto, es decir que una vez cometidas por el trabajador el patrono puede dar por terminado el contrato inmediatamente. No así cuando se incurre en los numerales del 9º al 15, porque en estos casos, "para la terminación del contrato, el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días". Se modificó así lo previsto en el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual para dar por terminado el contrato de trabajo cuando se presentaban algunas causales debía darse un previo aviso por escrito a la otra parte con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período. El artículo 7º comentado señaló un período fijo como preaviso y eliminó la obligación alternativa de darle o de pagar los salarios correspondientes.

El requisito de dar el preaviso en los casos señalados por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 hace parte de los elementos constitutivos de la terminación unilateral del contrato de trabajo o por el contrario, se puede prescindir del mismo, sin que esto influya en la forma de terminación del contrato?.

Considera la Sala que si la ley reviste de ciertas formas un acto de tanta trascendencia como es la terminación del con-

trato por decisión unilateral de las partes, si ellas no se cumplen la terminación así producida no puede considerarse como justa, porque tales formas son consustanciales a la calificación del despido. Así, por ejemplo, si se omite la manifestación a la otra parte de la causal o motivo que determina la decisión unilateral para terminar el vínculo contractual, la terminación del vínculo laboral se ha considerado siempre como injusta, aún cuando se compruebe con posterioridad la existencia de una justa causa. Por la misma razón la jurisprudencia consideró que la omisión del preaviso acarreaba al patrono el pago de la indemnización correspondiente a los despidos sin justa causa, aún cuando estuviese comprobada la causal.

Pero se ha dicho por la Corte que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo consagraba la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato y que el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 consagra la indemnización allí prevista en caso de terminación unilateral sin justa causa comprobada por parte del patrono, por lo cual únicamente cuando no se compruebe la justa causa hay lugar a indemnización, pero no cuando se omite el preaviso, porque en estos casos el despido puede ser ilegal, pero no sin justa causa comprobada.

La Sala de Casación Laboral en Pleno no acoge ahora esa distinción, por cuanto como ya se dijo, el preaviso hace parte del trámite que debe seguir el patrono para usar de la facultad legal de terminar el contrato por justa causa comprobada. Pero si ese trámite se omite por incumplimiento de una de las obligaciones señaladas para el patrono, la terminación, además de ser ilegal por violarse la ley, no se hace con justa causa, porque para que esto suceda no basta con que se haya cometido la falta por parte del trabajador, sino que es necesario que el patrono se someta al procedimiento legal señalado, consistente en dar el preaviso de 15 días. Y si la terminación unilateral no es con justa causa, procede la indemnización prevista para la terminación unilateral sin justa causa comprobada.

En resumen: Cuando el despido se produce por los motivos señalados en los ordinales 9 a 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, para que pueda considerarse como terminación unilateral con justa causa es requisito indispensable que se dé previamente el aviso de quince días. Si así no procede el patrono, incumple con una obligación señalada por la ley y en consecuencia la terminación del contrato no puede considerarse como hecha con justa causa, por lo cual la indemnización a que tiene derecho el trabajador es la contemplada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. La omisión del preaviso no es irregularidad que pueda subsanarse con el pago del equivalente a quince días de salario, sino que es presupuesto necesario del trámite señalado en la ley para que el patrono pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa.

En los términos anteriores se rectificará la jurisprudencia a que se ha hecho mención.

El cargo prospera por haber interpretado erróneamente el Tribunal Superior el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en relación con el 8º ibídem, al concluir que la omisión del preaviso de 15 días establecido en la primera norma constituye un despido "irregular" que es subsanable con el pago de los salarios correspondientes al período de aviso, cuando la interpretación correcta, como ya se dijo, es la de que en estos casos la terminación unilateral del contrato se hace sin justa causa comprobada, por no haberse sometido el patrono al procedimiento señalado en la ley para despedir con justa causa, debiendo en consecuencia indemnizar al trabajador en los términos señalados en el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965.

Se casará la sentencia recurrida en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará previas las consideraciones siguientes:

El contrato de trabajo entre Luis Octavio Camacho Orozco y Aerovías Nacionales de Colombia S. A. terminó por decisión unilateral de esta última, según manifestación contenida en carta de enero de 1972, folio 9, que dice:

"Por medio de la presente nos permitimos informarle que la empresa ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con usted, a partir del primero de febrero próximo. La anterior de-

terminación obedece al hecho de encontrarse usted incapacitado médicamente para desempeñar sus labores como Piloto de la Empresa, lo que implica la imposibilidad de su parte para cumplir con las obligaciones contractuales contraídas con la misma. Finalmente, nos es grato darle a nombre de Avianca los agradecimientos más sinceros por la colaboración eficiente y lealtad con que siempre le prestó usted sus magníficos servicios a la empresa y a la Aviación Comercial Colombiana, durante el tiempo de vinculación a las mismas. Lamentamos positivamente su estado de salud y hacemos votos por su pronta recuperación".

La carta que se acaba de transcribir demuestra claramente que al demandante no se le dio el preaviso de quince días exigido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 cuando se trata del ordinal 15 del aparte A) del mismo artículo. De acuerdo con las consideraciones hechas al resolver el cargo, la omisión del preaviso acarrea al patrono la sanción por mora prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la Inspección Ocular el Juzgado constató que el Capitán Luis Octavio Camacho prestó sus servicios a la entidad demandada a partir del 16 de noviembre de 1955 y hasta el 31 de enero de 1972 cuando el patrono dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Es decir quince (15) años dos (2) meses, quince días.

También constató el Juzgado que al Capitán Camacho le fue concedida una licencia a partir del 1º de octubre de 1958 para prestar servicios en Aerotaxis, que duró hasta el 1º de septiembre de 1959, o sea durante once meses. No descontó el Juez de primer grado dicho lapso del de quince años dos meses quince días, por cuanto encontró demostrado que Aerotaxis S. A. constituye unidad de empresa con Aerovías Nacionales de Colombia S. A., según la Resolución 01895 de 16 de abril de 1973 que confirmó la número 02449 de dos de octubre de 1972, que en su artículo Primero dispuso: "Declarar que existe Unidad de Empresa entre las Sociedades demandadas Aerovías Nacionales de Colombia S. A. 'Avianca', Avianca Inc. New York y Aerotaxis S. A., las dos primeras con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, Depto. del Atlántico. y la última con domicilio principal en Bogotá D. E.".

Encuentra esta Sala de la Corte corroborada la conclusión del a quo con la carta dirigida al Capitán Luis Octavio Camacho por el Director de Relaciones Industriales y Personal el 16 de noviembre de 1971, cuya fotocopia autenticada obra a folios 8, en la cual le dice: "Me dirijo a usted en esta fecha en que cumple QUINCE AÑOS de servicios continuos en AVIANCA y su filial Aerotaxis, para congratularlo en nombre de sus Directivas y en el mío propio por estos tres lustros de vinculación a la Empresa". Demostrado el tiempo de servicios superior a diez años, la norma aplicable para efectos de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo es la letra d) del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 por no haber demostrado tener un capital inferior a $3'500.000.00. Se tomará como salario base para la liquidación el promedio mensual del último año de servicios que aparece en el documento de folios 63 a 66, incorporado en la Inspección Ocular practicada en la hoja de servicios del demandante que reposa en la empresa demandada, folios 67 a 69. Este promedio mensual es de $12.701.90. Haciendo las operaciones aritméticas se obtiene un resultado de $199.527.22, que es la cantidad que le corresponde al demandante como indemnización por despido injusto.

También tiene derecho el demandante a la pensión que consagra el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por haber trabajado más de quince años, haber sido despedido sin justa causa y no haber demostrado el patrono su capital, por lo cual debe entenderse que tiene el necesario para pagar la prestación, como lo dispone el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo. La pensión empezará a disfrutarla cuando cumpla cincuenta años de edad.

La pensión plena que le correspondería por veinte años de servicios, Art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo, es igual al 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios, que es,

como ya se vio de $12.701.90. El 75% de esta cantidad es de $9.526.42. Haciendo la proporción con quince años dos meses quince días, o sean cinco mil cuatrocientos setenta y cinco (5.475) días, se obtiene la cantidad de siete mil doscientos cuarenta y cuatro pesos ($7.244.00), que es la cuantía de las mesadas.

El fallador de primera instancia obtuvo cantidades inferiores por cuanto tomó como base para liquidar la indemnización y la pensión el salario fijo, sin incrementarlo con otros factores recibidos por el trabajador en el último año de servicios. En consecuencia se modificará la cuantía de las condenas que impuso. Las costas de la primera instancia se fijarán en un 50% a cargo de la demandada por haber prosperado parcialmente las peticiones.

Respecto a la compensación única excepción que el demandado fundamentó en hechos determiandos, no prospera por cuanto no demostró que hubiera pagado sumas mayores a las que convencional o legalmente correspondían al trabajador. La suma de $154.122.84 que el trabajador recibió en marzo de 1972 (pregunta once del interrogatorio hecho al demandante y su respuesta), es una indemnización que tiene como causa la pérdida de la licencia para volar y ejercer sus funciones de Piloto, diferente a la que da origen a la terminación sin justa causa del contarto de trabajo. No se declara en consecuencia, probada ninguna de las excepciones propuestas.

Se hace la aclaración que la Corte no procedió a estudiar el Segundo Cargo por cuanto persigue lo mismo del Primero, que prosperó, por lo cual era inoficioso examinarlo.

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 proferida el veintidós de abril de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en cuanto modificó el punto Primero del fallo de primer grado para fijar la suma de $6.350.95 como valor de la indemnización por despido y Revocó el punto Segundo para en su lugar absolver a la demandada del cargo por pensión de jubilación, y en sede de instancia Modifica los puntos Primero y Segundo de la sentencia de primera instancia, las cuales quedarán así: PRIMERO. CONDENASE a Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca", sociedad domiciliada en Barranquilla, a pagar al señor LUIS OCTAVIO CAMACHO, de condiciones personales y civiles consignadas en autos, la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS CON 22/100 M.L., por concepto de indemnización unilateral sin justa causa del contrato de trabajo. SEGUNDO. CONDENASE a Aerovías Nacionales de Colombia S. A., domiciliada en Barranquilla, a pagar al señor LUIS OCTAVIO CAMACHO, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta años de edad, la cantidad de SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS mensuales por concepto de pensión proporcional vitalicia de jubilación. NO LA CASA EN LO DEMAS. Costas de la primera instancia en un 50% a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraodinario.

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

Jerónimo Argáez Castello, (Con salvamento de voto), *Alejandro Córdoba Medina* (Con salvamento de voto), *José Eduardo Gnecco C., Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Juan Hernández Sáenz, Hernando Rojas Otálora.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No compartimos los planteamientos ni las conclusiones de la rectificación doctrinaria contenida en la sentencia por medio de la cual se resolvió el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Luis Octavio Camacho contra la sentencia de 22 de abril de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por el recurrente contra Aerovías Nacionales de Colombia "Avianca".

El artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo trataba de la terminación del contrato de trabajo con preaviso y señalaba las justas causas que autorizaban para dar por terminado el convenio laboral, unilateralmente y con aviso previo dado por escrito a la otra parte o mediante el pago de los salarios correspondientes al tiempo del aviso anticipado.

El texto de esa norma ligaba de tal manera la justa causa con el preaviso, que solamente autorizaba la terminación cuando se daba el preaviso o se pagaban los salarios correspondientes al tiempo del mismo período, por lo cual se justificaba la jurisprudencia que existió durante la vigencia de esa norma, en el sentido de considerar que no era legal la terminación cuando se alegaba una de las causas señaladas en el precepto pero no se daba el preaviso ni se pagaba su valor.

El artículo 64 del mismo Código Sustantivo del Trabajo ordenaba que en caso de que el patrono tuviera que indemnizar por perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consistía en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltara para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

Ese sistema no atendía en los casos de las normas citadas, a la reparación del perjuicio causado por una terminación sin causa sino a lo intempestivo de la cesación del trabajo. El lucro cesante no podía ser en los contratos de término indefinido, mayor de seis meses, porque en aquel sistema esos contratos tenían duración presuntiva de un semestre.

La terminación del contrato por decisión unilateral injustificada del patrono produce un daño que para el trabajador no solamente consiste en la pérdida del empleo, como se pensaba en la legislación original del Código Sustantivo, sino que tiene relación proporcional con el tiempo servido. En cambio, cuando la terminación ocurre con una causa que la justifique pero no se da el preaviso, el perjuicio no puede ser sino el que resulte de lo intempestivo de la terminación y que se repara con el otorgamiento de las condiciones que se hubieran gozado si se hubiera cumplido el aviso anticipado.

Sobre estos temas dice Mozart Víctor Russomano:

"No podemos olvidar que tiempo de servicio es tiempo de vida. El trabajador más antiguo es también el de más edad. Quien envejece en el empleo tendrá, posteriormente, dificultades en la obtención de nuevo servicio. No solamente porque sus fuerzas físicas se van reduciendo con la edad, sino también porque su capacidad de adaptación a las nuevas tareas y a los diferentes oficios se va atrofiando, a medida que permanece más tiempo en el desempeño de la misma función". (El preaviso en el Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma Buenos Aires 1965, pág. 99).

Y el mismo autor expresa:

"El trabajador despedido que recibe los salarios correspondientes al plazo de aviso, siendo separado inmediatamente de sus funciones, no sólo tiene los medios económicos suficientes para garantizarle la subsistencia durante aquel plazo, sino que también dispone de todas las horas

útiles del día para conseguirse nueva colocación". (Obra citada página 25).

Para modernizar el sistema de terminación unilateral del contrato y la indemnización cuando no existiera justa causa, el Decreto 2351 de 1965 eliminó la cláusula de reserva, suprimió el plazo de duración presuntiva y reguló la terminación y la indemnización de manera diferente.

El artículo 7º del mencionado decreto no habló como el 63 del Código, de la terminación con preaviso, sino de la terminación por justa causa, y no estableció esa relación entre la causa y el aviso que consagraba la norma anterior, sino que señaló los casos en que existía justa causa de terminación y luego impuso al patrono la obligación de dar preaviso en algunos de los casos señalados, por lo cual se vio la separación de los conceptos que el Código involucraba y confundía.

En el artículo 8º el mismo decreto estableció una indemnización para los casos de terminación del contrato sin justa causa comprobada, pero no para los en que se dejara de dar el preaviso, luego no es posible aplicar esa indemnización que la ley expresamente consagró para el caso de despido sin justa causa y que se refiere precisamente al perjuicio que entonces se origina, a la falta de preaviso donde el perjuicio es perfectamente diferente, no está contemplado el caso en la norma y solamente se puede llegar a la aplicación de la sanción por extensión ilegal de ella.

La rectificación doctrinaria que se hace en la sentencia de la cual nos apartamos, desatiende la normación legal existente, renueva sistemas abolidos por la ley y conduce a conclusiones absurdas.

Si el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 consagra la indemnización allí prevista sólo para los casos de terminación sin justa causa, no puede aplicarse dicha sanción a casos de terminación con justa causa aunque se haya dejado de cumplir otra obligación legal, que puede repararse conforme al perjuicio que ella produzca. Por lo tanto se desatiende lo dispuesto en los preceptos legales mediante aplicación de sanciones a casos no previstos en la norma respectiva.

Darle efecto de terminación sin justa causa a la falta de cumplimiento del preaviso, es volver al sistema anterior que la normación de 1965 corrigió, porque se da a la forma lo que sólo pertenece a la sustancia, ya que el preaviso era en la cláusula de reserva la forma de terminar los contratos sin causa alguna, y la nueva doctrina desconoce la causa para consagrar nuevamente el preaviso y porque toma la falta de forma que produce un perjuicio para imponer una indemnización que corresponde a perjuicio distinto. De ahí que se haya vuelto a lo que quizo corregir el Decreto 2351 de 1965.

Si se aplica la rectificación doctrinaria de la sentencia, a los casos comprendidos en el numeral 14 del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se tendría que el trabajador despedido para otorgarle la pensión de jubilación, mediante preaviso de 15 días, recibiría la pensión pero no tendría derecho a indemnización alguna por la terminación, cuando el trabajador que en las mismas condiciones fuera despedido sin preaviso, recibiría además de la misma pensión que el anterior, una indemnización equivalente a dos años de salarios por despido injusto, para reparar el perjuicio de no haber sabido con 15 días de anticipación, que sería jubilado. Los casos contemplados en los demás numerales del 9 al 15 del mismo aparte, condenan a las mismas situaciones, por lo cual la nueva doctrina lleva a conclusiones absurdas.

También dice la sentencia que no pueden pagarse los salarios del tiempo del preaviso, sino que es necesario dar el anuncio anticipado, porque el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 no repitió la fórmula del 63 del Código. Pero este rigorismo jurisprudencial no favorece a los trabajadores, sino que los perjudica, ya que el pago de los salarios del tiempo de preaviso es mejor para el trabajador que el recibirlos por el trabajo durante ese mismo tiempo.

El autor citado dice:

"El derecho comparado y la historia del preaviso indican con cierta uniformidad que se ha adoptado como base para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, la remuneración que el empleador debería al trabajador durante el plazo de notificación que no llegó a efectuarse. (Obra citada página 195).

La disposición según la cual se debe manifestar la causal o motivo de la ter-

minación del contrato, no puede confundirse con el preaviso a que está obligado el patrono en ciertos casos, porque la consecuencia de esa falta de manifestación de la causa o motivo está expresamente contemplado por la ley, como tampoco podría decirse que la falta de preaviso que ordena el inciso tercero del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, en los casos de contrato a término fijo, produzca la indemnización por terminación sin justa causa, sino la prórroga de que habla la norma.

El autor tantas veces citado expresa:

"La indemnización por falta de preaviso no tiene, ante todo y en principio, ninguna vinculación necesaria con la injusticia del despido. Aun cuando las legislaciones modernas relacionan el preaviso, estrechamente, a la rescisión contractual injusta, en realidad, desde el punto de vista doctrinal, nada debe ni puede impedir que algunas formas de despido —justo impliquen la obligación de preaviso, puesto que la finalidad de éste es enteramente distinta: evitar la rescisión repentina del vínculo jurídico que liga el trabajador al patrón.

"Más aún el preaviso tiende a tratar al trabajador y al empleador en igualdad de condiciones, pese a ciertas legislaciones que al disponer sobre el particular, imponen mayores cargas a la empresa, ya sea en cuanto al plazo de aviso o el monto de la indemnización sustitutiva.

"En los contratos por plazo indeterminado, la indemnización por despido injusto solamente puede pagarla el empleador. Cuando el empleado desea prescindir del contrato, aunque no tenga motivos para ello, su actitud no es injusta: si el convenio no se celebró a plazo fijo, cualquier momento es oportuno para que el trabajador deje el servicio. Pero aun reconociendo como inherente a la naturaleza humana la prerrogativa del trabajador de rescindir el contrato por plazo indeterminado sin indemnizaciones y sin motivos, tampoco es menos cierto que no le es lícito provocar la cesación brusca del servicio, motivo por el cual él debe dar preaviso, a no ser que exista una razón plausible en apoyo de su actitud". (Obra citada, página 62).

Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos setenta y siete.

Alejandro Córdoba Medina, Jerónimo Argáez Castello.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

I. CONFESION INDIVISIBLE

Debe tomarse en su integridad. No tiene la confesión el sentido que le atribuye el cargo

Las demás argumentaciones del recurrente resultan más propias de las instancias que del recurso extraordinario de casación y, por ende, son inanes dentro de éste. Libre apreciación de pruebas

II. ERRORES DE HECHO

Dentro del sueldo está comprendido el valor de los descansos dominicales y festivos a que tuviere derecho dentro del respectivo mes

Corte Suprema de Justicia. — **Sala de Casación Laboral.** — **Sección Segunda.** — Bogotá, D. E., mayo veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5738).

(Acta Nº 25).

Mediante fallo del 26 de julio de 1976 el **Tribunal Superior de Medellín** decidió en segundo grado el juicio laboral que propuso el doctor **José Gregorio Sánchez** contra la firma "**Servicios de Ingeniería de Consulta, Sedic. Ltda.**" para aumentar el valor de las condenas hechas en la primera instancia y mantener las absoluciones impartidas entonces.

Inconforme con esta providencia, ambas partes interpusieron casación. El demandante para impetrar que se infirme ella, se reliquiden las prestaciones e indemnizaciones materia de las condenas del Tribunal con base en un salario de $ 57.00 por hora, se deje sin efecto la confirmación del fallo de la primera instancia en cuanto absolvió a la empresa del pago de indemnización moratoria y se modifique dicho fallo para aumentar el valor de las condenas por concepto de cesantía, compensación monetaria de vacaciones, prima de servicios e indemnización por despido injusto y para que se condene también a Sedic al pago de indemnización moratoria. Y el demandado para solicitar la casación parcial del fallo del Tribunal en cuanto elevó el monto de las condenas hechas por el Juez e impetrar, en cambio, que se mantengan las de este último, salvo la relativa a remuneración de días de descanso obligatorio, que pide sea revocada y se absuelva de ella a la empresa, con la confirmación consiguiente de las demás absoluciones que le fueron impartidas. En subsidio, la compañía limita su aspiración a lo relacionado con los dominicales y festivos y para lograrla propone los cargos segundo y tercero de su recurso.

Así consta en las respectivas demandas de casación (fls. 7 a 15 y 33 a 50 de este cuaderno), que fueron replicadas oportunamente (fls. 22 a 30 y 55 a 60 ibídem). Cuatro cargos presenta el demandante y tres la demandada, cuyo análisis debe hacerse en seguida:

I. Recurso del demandante

Cargo primero

Dice así: "Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por infrac-

ción indirecta consistente en el hecho de no haberlo aplicado, debiendo hacerlo.

"El fallador de la segunda instancia dijo al respecto: "La indemnización moratoria, contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que el libelo pretende, no tiene prosperidad pues, la demandada de buena fe creyó que con el actor no se había celebrado contrato de trabajo. En realidad hubo razones atendibles para esta duda, que por la misma la exonera de la indemnización en cuestión. Aunque la duda de que se hace mención no existe para el sentenciador, ella si tuvo una explicación para la demandada, que el Tribunal estima razonable". Y luego prosigue: "Sobre este aspecto ha expresado la Jurisprudencia Laboral que" es preciso tener en cuenta, al decidir sobre esta materia, que bien puede ser distinto el juicio del sentenciador sobre los hechos del proceso, que el que de ellos se forma el demandado en relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado con el actor (Casación 31 de julio de 1962)".

"En efecto, el estatuto violado dice: "Artículo 65. Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

"2) Si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del trabajo, y en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

"3) En la misma sanción incurre el patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el artículo 57 ordinal 7º.

"De lo anterior se infiere que el fallador de segunda instancia, no dio aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, debiendo hacerlo, por ser su texto absolutamente claro. La sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con la norma, no obstante por ser ésta de una evidente claridad.

"Es incuestionable que el contrato de trabajo, debidamente establecido en los autos, terminó con despido injusto, el 11 de agosto de 1975, lo que indica que desde esta fecha en adelante, empezó a correr a cargo del patrono, la obligación de cancelar las prestaciones sociales, con la consiguiente indemnización por cada día transcurrido.

"Es de vital importancia para demostrar la evidencia de la mora sancionable en que incurrió el patrono, resaltar las razones que tuvo el Tribunal para confirmar el fallo de primera instancia, en lo atinente a la existencia del contrato de trabajo; y sobre su propia redacción, en donde se encuentran cláusulas tan ilegales e injustas que hacen presumir que desde el mismo origen de la relación laboral, ya se estaba inventando la manera de esquivar el pago de las prestaciones sociales.

"Aquella entidad afirma: 'Sentado que si existió contrato de trabajo entre las partes que integran el contradictorio de esta **litis**, pese a lo afirmado en el documento de fls. 9 a 11, pues la realidad de las cosas está por fuera de las **palabras con las cuales se las quiere disfrazar** (subrayo).

"Si la H. Sala admite tan enfáticamente que el contrato de trabajo se quiso disfrazar con algunas palabras que no alcanzaron a desvirtuarlo, por qué a renglón seguido justifica la actitud asumida por el Patrono y hasta lo coloca actuando de buena fe, para absolverlo de la sanción?

"Al efecto, también la H. Corte en su Sala Laboral, había dicho sobre el tema" 'A este respecto deben distinguirse dos situaciones nítidas: o las obligaciones demandadas son claras o son dudosas. Si lo primero, es obvio que el Patrono debe responder de la totalidad de la indemnización por mora a partir de la terminación del contrato de trabajo y hasta que pague o consigne lo que debe, incluyendo el lapso de duración del juicio correspondiente y que su injustificada renuncia a cubrir lo debido, hizo necesario. Si lo segundo, ya indicó la Sala cómo su Jurisprudencia ha templado el rigor del artículo 65 en estudio, a fin de que pueda exonerarse al empleador de la sanción mencionada para amparar la buena fe con que pudo haber

procedido ante una duda justificada sobre la existencia de los derechos reclamados. . ." (Casación de 7 de junio de 1968).

"Esta doctrina de la H. Corte en su segunda parte es justa y equitativa, cuando existe una verdadera duda sobre la relación de trabajo como por ejemplo en aquellos contratos que como los denominados de 'frontera', poseen elementos de juicio favorables a una y otra parte, que hacen difícil inclinar la balanza de la justicia hacia uno u otro lado.

"Pero en el caso sub lite, no se presenta manera de absolver a la parte demandada de la ostensible violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ya se vio cómo el Patrono quiso 'disfrazar', usando el término del ad quem el contrato suscrito entre las partes y que no obstante esas intenciones, el de trabajo surgió por reunir, debidamente probado, todos los requisitos legales para que tenga vida jurídica. Además de las cláusulas del contrato, una de ellas ilegales, se infiere cuál era la intención del Patrono frente a los derechos del trabajador".

Sobre el tema de la indemnización por mora, el Tribunal razonó así:

"9. La indemnización moratoria, contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que el libelo pretende no tiene prosperidad, pues, la demanda de buena fe creyó que con el actor no se había celebrado contrato de trabajo. En realidad hubo razones atendibles para esa duda que por la misma la exonera de la indemnización en cuestión. Aunque la duda de que se hace mención no exista para el sentenciador, ella sí tuvo una explicación para la demandada, que el Tribunal estima razonable.

"Sobre este aspecto ha expresado la jurisprudencia laboral que 'es preciso tener en cuenta, al decidir sobre esta materia, que bien puede ser distinto el juicio del sentenciador sobre los hechos del proceso, que el que de ellos se forma el demandado en relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado con el actor". (Casación 31 de julio de 1962)".

Se considera

Al comparar los textos transcritos, queda en claro que mientras el fallo acusado funda su absolución en cuanto a la súplica de indemnización moratoria en consideraciones de hecho, el cargo busca impugnar mediante argumentaciones jurídicas que no implican acuerdo sino inconformidad con aquellas consideraciones del sentenciador.

Ello muestra que por su estructura misma el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Reza textualmente: "Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma indirecta por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. Ya se dijo atrás, que hubo absolución por concepto de indemnización por mora, con fundamento en la buena fe que dedujo el H. Tribunal no obstante su razonamiento para aceptar, como se hizo en la sentencia de primera instancia, la nítida existencia del contrato de trabajo.

"La disposición violada, no contemplada solamente como causal de mora el no pago de las prestaciones sociales, salarios, etc., a la terminación del contrato de trabajo, sino que también instituye esa sanción en el inciso 3º en donde consta '3. En la misma sanción incurre el Patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57'.

"El señor representante de la entidad demandada, al responder en el interrogatorio de parte a que fue sometido, a la pregunta DECIMASEXTA: es cierto si o no, que al Doctor José Gregorio Sánchez durante su vinculación a la firma 'Sedic Ltda.' no se le afilió al Seguro Social, nunca disfrutó de asistencia (sic) médica pagada por la empresa 'Sedic Ltda'., y al ser despedido se LE NEGO (destaco) el examen médico de rigor? CONTESTO: Sí es cierto. Y aún cuando califica en el sentido de que el demandante era un 'profesional' que prestaba sus servicios profesionales como especialista.... etc.' no hace sino sostenerse en un protuberante error vigente desde la vinculación del doctor Sánchez a su servicio, ampliamente desvirtuado a través del proceso.

"La no apreciación de esta prueba en debida forma, indujo al Tribunal a incu-

rrir en error manifiesto. Se confesó que con el demandante, se omitió especialmente el requisito atinente al examen médico de salida, pues rotundamente dijo el Patrono, que este derecho se había negado, lo que indica que el trabajador lo solicitó".

Se considera

No le asiste la razón al impugnador cuando dice que el cargo está incompleto porque ha debido invocarse también la violación del artículo 57, ordinal 7º del Código, que es el que obliga al patrono a hacerle practicar examen médico de retiro al trabajador que así se lo solicite, pues de la falta de tal reconocimiento es que pretendió derivar el quebranto del artículo 65 por el fallador cuando no condenó a Sedic al pago de indemnización moratoria, ya que el aludido artículo 65 es una norma sustancial completa y autónoma que puede reputarse violada con independencia de cualquier otro precepto.

Pero la suerte adversa de la impugnación que se analiza viene a resultar de que la confesión del representante legal de la empresa, a que alude el cargo, debe tomarse en su integridad por ser indivisible. Y entonces si tal representante dice que no dispuso de la práctica de examen médico al doctor Sánchez por creer que no existía contrato de trabajo con él, la calificación que se le agrega al hecho admitido le quita todo valor probatorio como confesión a ese aserto del declarante, lo cual deja nítido que el sentenciador no erró de hecho al no haber evaluado como prueba esa supuesta confesión.

No prospera el cargo, en consecuencia.

Tercer cargo

Fue formulado así: "Violación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numeral 3º en forma indirecta, por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba.

"Al tratar sobre este punto, es decir, sobre indemnización por despido injusto, dijo el H. Tribunal: '7. El actor reclama indemnización por despido injusto. El hecho del despido se encuentra demostrado con el escrito de fl. 8. Correspondía a la demandada de mostrar la justicia de éste, y no logró hacerlo. Debe entenderse sin embargo, que el actor fue contratado en estas condiciones' el plazo para la ejecución de la labor encomendada es el 'QUE SE NECESITE PARA LA EJECUCION DE LAS LABORES QUE SE LE ENCOMIENDEN' (fl. 9) Si bien los testigos refieren que las obras en que el Doctor José Gregorio Sánchez cumplió sus funciones, no están totalmente terminadas, se desconoce el tiempo faltante para dicha conclusión o terminación, y por ello, siendo injusto el despido del actor, como en efecto lo es, la indemnización a pagar será de quince (15) días, con fundamento en el artículo 8º ordinal 3º in fine, del Decreto 2351 de 1965. Alcanza su valor de cuatro mil doscientos doce pesos ($ 4.212.00).

"La disposición violada dice: '3. en los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días'. En cuanto al error de hecho se dice que ocurre por un equivocado razonamiento del Juzgador que da por establecido un hecho que no sucedió o que da por no es (sic.) cido un hecho consumado y probado plenamente. (régimen laboral colombiano 3615).

"Incurrió el Tribunal en prominente error de hecho, cuando siguiendo el cauce de un razonamiento equivocado llegó a la conclusión de que el contrato de trabajo celebrado entre las partes era de duración definida, y para ello se basó únicamente en la última parte de la cláusula 2ª del suscrito para laborar en la referente al aprovechamiento del río Magdalena en Betania (Huila).

"Sin embargo el H. Tribunal, no consideró que el demandante también estuvo laborando para la misma empresa en otros frentes diferentes al citado sin que para cada uno de ellos, se hubiera fijado como plazo la misma condición o sea, la de la terminación de la obra encomendada.

"Haciendo caso omiso a lo afirmado por los testigos sobre los trabajos realizados por el Doctor Sánchez fuera de Betania, se tiene como prueba, esta si atendible y propia para inferir de ella que la relación de trabajo dejó de ser de duración defini-

da, para convertirse en indefinida, la propia confesión del representante del patrono, en el interrogatorio de parte.

"Así se le formuló la 4ª pregunta: 'Es cierto, si o no, que el Doctor José Gregorio Sánchez, además del proyecto de 'Betania', realizó por orden de la empresa 'Sedic' trabajos para las siguientes entidades: 'Palacio de las Exposiciones', 'Enka de Colombia', Cooperativa Médicos de Antioquía-Comedal' y 'Acuantioquia'? CONTESTO: 'Sí es cierto, pero conviene aclarar que en los tiempos en que no hubiera habido trabajo para el especialista José Gregorio Sánchez en Betania, él sabía que no habría remuneración para él. De ahí que con el fin de ayudarlo se le daba oportunidad de trabajar en otros proyectos'.

"Confiesa pues, este representante legal que el actor laboró también por fuera de Betania, en diversos frentes y para entidades no comprendidas en el único contrato escrito que obra en el proceso como prueba. Luego los demás trabajos ejecutados por el doctor Sánchez estaban regidos por contratos verbales que generaron una nueva relación laboral entre las partes, de duración indefinida, ya que su vigencia no fue acordada en forma alguna.

"Equivocadísima es la interpretación que del contrato de trabajo hace el interrogado al afirmar que cuando no había trabajo en Betania tampoco había remuneración para el trabajador, al contrario de lo que establece el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El hecho, pues, de que el demandante haya sido trasladado a otros frentes de trabajo, durante las suspensiones en Betania no justificadas por no reunir los requisitos del artículo 51 del citado Código hace que de cada una de las diferentes obras en que laboró surjan otros tantos contratos de trabajo verbales entre las mismas partes y cuyas duraciones no están acreditadas, todo esto indujo al H. Tribunal a error, pues sólo consideró el término de existencia del contrato escrito traído a los autos, haciendo caso omiso de las otras relaciones laborales".

Se considera

Al armonizar la cláusula segunda, a que alude el cargo, con la primera de las que contiene el contrato suscrito por las partes que obra de folios 17 a 19 del primer cuaderno, viene a quedar en claro que el doctor Sánchez fue contratado para la realización de una obra determinada y no a plazo indefinido, como lo alega el recurrente.

De su parte, la confesión del gerente de la empresa, que también invoca el impugnante (fl. 36 v. Cdno. 1º, pregunta 4ª), no lo es sobre la existencia de varios contratos de trabajo entre Sánchez y Sedic sino sobre la continuidad de los servicios de aquél en favor de ésta aún en las épocas en que se suspendieron trabajos en Betania, que era la labor contratada. No tiene, por lo tanto, dicha confesión el sentido que le atribuye el cargo.

Las demás argumentaciones del recurrente resultan más propias de las instancias que del recurso extraordinario de casación y, por ende, son inanes dentro de éste.

Si, como queda visto, las pruebas mencionadas en el cargo no tienen el sentido que éste les da, no se configura el yerro de hecho que se le atribuye al Tribunal y, menos aún, con la evidencia exigida por la ley para que sea atendible en casación.

El cargo no prospera, por lo tanto.

Cuarto cargo

Dice textualmente: "Violación por infracción indirecta por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, de los artículos 173, 177, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965.

"Todas estas disposiciones se refieren al salario que se ha de tener en cuenta para la liquidación de los descansos en día domingo y otros festivos 'la cesantía, prima de servicios y vacaciones.

"Sobre el particular dijo la H. Sala en la sentencia recurrida, lo siguiente: '3. En lo atinente al salario devengado consta a fl. 9 que fue de $ 35.10 hora. Este fue variado posteriormente a $ 57.00 hora, como lo confiesa la demandada, por conducto de su representante legal en la respuesta décima (10ª) del interrogatorio de parte que rindió. Sobre la cifra de $ 57.00 hora también lo atestigua sin ninguna duda, Jorge Alberto Camacho Rúa' (Subrayo).

' 3-1. Empero, como se explicará posteriormente en pasos de esta sentencia el Tribunal acogerá un salario de $ 35.10 hora, lo que para el período mensual de una asignación de $ 8.424.00 entendiendo, que por lo menos el actor laboró la jornada máxima legal...'.

"Y más adelante: '3-3. En el interrogatorio de parte que el señor representante legal de la demandada absolvió (respuesta a la pregunta 10ª), confiesa que el actor, en el momento del despido, devengaba por sus funciones la cantidad de $ 57.00 hora. Empero no se sabe cuándo ocurrió esa variación remuneratoria; y de accederse o tener por incontrovertible tal retribución, quedaría para el mes la cantidad de $13.680.00, entendiendo que laboró la jornada completa, se rebasarían las aspiraciones del actor, que en el libelo fijó en $ 10.000.00 la remuneración mensual' (hecho tercero).

" '3-4. Por todo lo cual, apareciendo con certeza en el proceso que la retribución hora que el actor percibió fue de $35.10 (fl. 9) cuando se inició en su trabajo para la demandada, y sin que ésta hubiera sufrido merma, con base en ésta se harán las correspondientes liquidaciones'.

"Como puede observarse se violó la ley sustancial por error de hecho en la no apreciación de una prueba, quizás la más importante, cual es la confesión de la parte demandada sobre el salario de $ 57.00 la hora, lo que aparece, sin lugar a duda, de manera ostensible en los autos, tal como se deja visto.

"Esa confesión, lisa y llanamente hecha en el interrogatorio de parte, constituye plena prueba del salario que debió servir de base para la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones impetradas, pues fue hecha libre y espontáneamente, ante funcionario competente y sin cualificación que la desvirtúe. Que no se sabe desde cuándo regía ese salario? Es cuestión que correspondía probar a la parte demandada en su propio beneficio, porque tocaría promediar el salario del último año, si hubo aumento en los tres últimos meses. Si se hizo esa confesión es porque ese salario regía por más de este lapso y no es de suponer cosa contraria ni de súplica la deficiencia o falta de previsión de la demandada al responder afirmativamente a la pregunta en cuestión.

"Al no acogerse esa afirmación necesariamente que el fallo no correspondió a la realidad jurídica perjudicando así notoriamente, al trabajador que es la parte débil del proceso. Con esa prueba, aportada por el patrono, se desvirtúa lo afirmado en la demanda, en cuanto al salario mensual. El mismo Patrón se encarga de esa manera, de rectificar al trabajador y le está diciendo al fallador que éste está equivocado y quien mejor que aquél está en condiciones por todos los aspectos, de saber cuánto devengaba un trabajador a su servicio? No lo entendió así el ad quem y decidió que el salario básico para la liquidación respectiva, no era el confesado por la parte demandada y como consecuencia de ello, se redujo notoriamente el monto de las condenaciones a que tiene derecho mi mandante, dentro de una interpretación correcta dentro de las normas citadas. Por tanto, es viable el quebrantamiento parcial del fallo acusado, para que, en decisión de instancia, se acceda a lo impetrado en esta demanda".

Se considera

Con la lectura de los párrafos del fallo acusado que el cargo transcribe, se esclarece que el Tribunal ad quem sí apreció la confesión hecha por el gerente de Sedic al contestar la décima pregunta del interrogatorio a que fue sometido sobre el monto del último salario devengado por Sánchez (fl. 37, Cdno. 1º), lo cual desvirtúa el aserto del recurrente de que esa prueba no la tuvo en cuenta el sentenciador.

Lo que acontenció fue que éste, dentro del poder de apreciar libremente las pruebas que la ley le concede, encontró que al haber aseverado el actor en su demanda que tuvo en salario de $ 10.000.00 mensuales, mal podía admitir la existencia de una remuneración superior, como sería la confesada por Sedic, de $ 57.00 por hora y, por ello tuvo como remuneración de Sánchez la de $ 35.10 pactada inicialmente en el contrato suscrito por las partes como precio de la hora servida.

Y como estas reflexiones hechas por el Tribunal para descartar la aplicabilidad en el caso sub judice del salario de $ 57.00

por hora no fueron objeto de crítica por el recurrente y sirven de sustento al fallo acusado en lo que atañe al monto de la remuneración del doctor Sánchez, resulta forzoso concluir que tampoco este cargo merece prosperar.

II. **Recurso del demandado.** Se presentó así: "Acuso la sentencia por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, parcialmente modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por vía indirecta por aplicación indebida de los artículos 158, 161, inciso primero y 197 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con la falta de aplicación que se produjo de los artículos 132, 133 y 134 ibídem y 4º de la Ley 187 de 1959, yerros que consecuencialmente llevaron a la transgresión de los artículos 173, 174, inciso segundo, 176, 249 y 306 del Código y 8º, inciso tercero, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, convertido en legislación permanente por virtud de la Ley 48 de 1968, el primero de estos últimos en relación con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo.

"A esta modalidad de violación de la ley sustancial se arribó como resultado de manifiestos errores de hecho, producto de la falta de apreciación de la confesión judicial contenida en la demanda y del documento auténtico que obra a fls. 17 a 19 del primer cuaderno, en estrecha conexión con los testimonios de JORGE ALBERTO CAMACHO RUA y de LIBIA GOMEZ que fueron equivocadamente apreciados.

"a) **Demostración del cargo**

"Mediante la argumentación que sigue, pretendo dejar demostrado que erró ostensiblemente el juzgador **ad quem** al dar por acreditado, sin estarlo, que el demandante laboró la jornada máxima de trabajo; al no dar por demostrado, estándolo, que dentro del valor del sueldo está incluido el valor de la remuneración por descansos obligatorios, correspondiente a los días domingos y feriados y al dar por probado, no estándolo, el valor de la remuneración recibida por el demandante.

"Para destacar los yerros evidentes cometidos por el Tribunal, es preciso seguir de cerca los pasajes correspondientes de la sentencia, en particular aquéllos en los cuales se hace referencia al salario y al trabajo en jornada máxima legal, que son del siguiente tenor:

"13-1. Empero, como se explicará posteriormente —en pasos de esta sentencia— el Tribunal acogerá un salario de $35.10 hora, lo que para el período mensual de una asignación de $ 8.424.00 entendiendo, que por lo menos el actor laboró la jornada máxima legal. Este punto también será explicado convenientemente, en su debido lugar'.

"Y se agrega adelante:

"13-5. Se insinúa o afirma por la demandada que el demandante laboraba (sic) jornada incompleta (artículo 197 del Código Sustantivo del Trabajo). 'Pese a lo anterior, los declarantes Jorge Alberto Camacho Rúa y Libia Gómez López, que estuvieron en contacto permanente con el demandante como compañero de trabajo, establecen que el doctor José Gregorio Sánchez laboraba desde las 8 a. m. hasta las 12 ½ a. m. (sic) y desde las 2 ½ p. m. hasta las 6 p. m. Por todo lo anterior, está suficientemente demostrado en autos, que el actor, por lo menos laboraba la jornada máxima legal, pues durante ella cumplía sus faenas (artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo). No fue, por ello, un operario de jornada incompleta, como pretende la demandada'.

"De los textos que se dejan transcritos se desprende cuál fue la argumentación realizada en al sentencia gravada y cuáles las probanzas sobre las cuales pretendió erigir su equivocado razonamiento, como se demostrará en seguída, a través del análisis de las pruebas cuya falta de apreciación o erróneo entendimiento se censura.

"I) En la contestación de la demanda, que es confesión por presumirlo así el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, se lee en el hecho novento que 'al pagárseme las dos últimas quincenas de trabajo, se me obligó a aceptar que solamente trabajaba siete horas diarias, lo que hice por la necesidad que tenía del dinero'.

"Así las cosas, es evidente que por lo menos, como se infiere de la confesión en la demanda, durante dos quincenas, el demandante no trabajó la jornada máxima legal, razón por la cual la inferencia absoluta que hace el sentenciador en el sentido

de que siempre laboró este tipo de jornada se cae por su base, por la atestación libre y espontánea —era el primer acto procesal—, del demandante en escrito que no solamente aparece suscrito por su apoderado sino también por él mismo, lo cual corrobora aún más si cabe la virtualidad de su manifestación.

"Por otra parte, es importante señalar aquí que no puede tenerse en cuenta la cualificación o modificación agregada al texto de la confesión, respecto del vicio del consentimiento (fuerza) que se alega como definitivo, puesto que constituye un hecho exceptivo cuya prueba estaba a cargo del confesante. Lo contrario equivaldría a aceptar que los actos jurídicos pueden resultar invalidados a través de la simple invocación, sin su demostración, de circunstancias que puedan afectar su regularidad.

"II) En la cláusula tercera del contrato celebrado entre las partes se lee que 'SEDIC LTDA. hará pagos **mensuales** a EL CONTRATISTA de acuerdo con la cantidad de horas de servicio prestadas por él durante el mes que se paga, y con el valor por horas pactado anteriormente'. (Se ha subrayado fl. 18).

"Se ha precisado por parte de los juzgadores de instancia que el contrato celebrado entre las partes, no fue, como pregona su texto, de prestación de servicios independientes sino de trabajo. Pero de tal conclusión, por lo menos discutible, venir a deducir que las cláusulas allí convenidas libremente y sin reparo alguno, no tengan valor dentro del ámbito de la contratación laboral convenida, hay una (sic) abismo. Como se verá adelante, esta estipulación aparece corroborada con los testimonios llevados a los autos y es patente su importancia frente a las prescripciones contenidas en los artículos 133 y 174 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Por manera que de conformidad con el documento auténtico comentado las partes acordaron la forma como se realizaría el pago del pretendido salario, en uso de la libertad de estipulación de la remuneración consignada en el artículo 132 del Código y con todos los efectos que a dicho acuerdo conducen y que serán relievados en su oportunidad.

"III) Antes de entrar al análisis de los testimonios equivocadamente apreciados por el **ad quem**, es pertinente llenar (sic) la atención que sobre la singular importancia dentro del rigor técnico del recurso extraordinario tienen las pruebas no calificadas. La H. Corte recordará con seguridad que en reunión plena de la Corporación, se aceptó la acusación en sede de casación de la prueba testimonial, siempre que tuviera relación con las pruebas cuyo ataque es admisible conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, con una estupenda y aliviadora ponencia del señor doctor JUAN BENAVIDES PATRON.

"Pues bien: en el presente litigio, como se verá en seguida, se presenta con meridiana claridad esa sustancial relación de testimonios con la confesión y con la prueba documental auténtica, todo este último material preterido su apreciación con censurable ligereza por el Tribunal, como ya quedó demostrado.

"En efecto, como queda evidenciado de los apartes transcritos de la sentencia impugnada, el juzgador **ad quem** ubicó su decisión partiendo de dos hipótesis fundamentales, a saber, que el trabajador había laborado la jornada máxima legal y que por ende, se hallaba demostrada la remuneración recibida. Así las cosas, se desvanece la fortaleza de las suposiciones del fallador al establecerse a través de la confesión contenida en la demanda que el demandante no laboró la jornada presuntiva establecida en la ley y que, según el contrato que se piensa de trabajo, la forma de pago se estipuló por mensualidades vencidas, circunstancia que definía el salario como sueldo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134 del estatuto laboral. Agréguese a lo anterior que probado el hecho de que el presunto asalariado no trabajó la jornada completa, surge como corolario incontrastable el de que no existe demostración ni siquiera indiciaria, del salario devengado. De manera que habiendo deducido el sentenciador las circunstancias sobre horario de trabajo y jornada de los testimonios y de las referencias anteriores el salario, es manifiesta la

vinculación que existe entre las pruebas calificadas y las declaraciones de los testigos para los efectos de la acusación, lo cual me autoriza para subrayar los yerros cometidos en la apreciación de estos últimos, como se hace a continuación.

"El señor JORGE ALBERTO CAMACHO RUA, cuya declaración obra a fls. 28 vto. a 29 vto., declara que cuando Sánchez no iba a trabajar 'no le pagaban, pues le pagaban por hora trabajada, según las hojas de tiempo trabajador (sic) que el doctor Sánchez presentaba quincenalmente... tenía que trabajar con una intensidad análoga al personal de nómina.... normalmente no se trabajaba los sábados. 'De las aseveraciones precedentes se infiere que Sánchez estaba vinculado a través de un sistema en el cual se pagaba el salario por unidad de tiempo realmente trabajada, de suerte que si no prestaba sus servicios no recibía remuneración; que las relaciones de tiempo trabajado se presentaban con una periodicidad superior a una semana y que, por regla general, no se prestaba servicio los sábados'.

"IV) La señorita LIBIA GOMEZ LOPEZ manifiesta por su parte: '... a veces trabajábamos los sábados en las horas del medio día .... Las horas que el (sic) trabajara esas horas se le cancelaban ... El contrato que yo Sedic (sic) es exactamente al de José Gregorio ... exactamente el mismo contrato de José, si tengo un horario establecido, más o menos establecido, hora trabajada hora pagada ... o sea que en lo posible se nos ruega cumplir con el horario como todos, entrar a la misma hora de todos, y si podemos trabajar más, pues trabajamos más, y ganamos más dinero por hora .... Yo no tengo obligación de llegar a las ocho en punto, pero si le dicen que tiene que entregar un trabajo, el mismo trabajo en sí le exige cumplir con un horario ... Estar obligado, (a cumplir una determinada jornada laboral) obligado .... no'.

"La declaración de la deponente, según los apartes transcritos hace luz sobre los siguientes aspectos: a) Que la declarante tenía el mismo contrato que el actor; b) Que no siempre prestaban sus servicios los sábados; c) Que el horario no estaba establecido con claridad y que no existía obligación alguna de respetarlo; d) Que no estaban obligados a llegar a una determinada hora y e) Que, finalmente existía una relación directa entre el trabajo cumplido por unidad de tiempo y la remuneración.

"Con apoyo en las pruebas examinadas, fácil resulta concluir que no se ha acreditado que el demandante hubiese laborado la jornada completa de trabajo, lo cual sería suficiente para obtener el descubrimiento de la sentencia.

"En relación con las otras argumentaciones, es preciso realizar una confrontación de los elementos probatorios glosados con las normas sustanciales cuya violación se asevera a lo cual se procede a continuación.

"A) Partiendo de las premisas discutidas según las cuales el salario devengado por el actor era fijo, por ser por unidad de tiempo y por haberse estipulado su pago por mensualidades, se tiene que de conformidad con el artículo 133 del Código, tenía el carácter de sueldo. El resultado de esta primera conclusión se corrobora con las enseñanzas de esta H. Corporación según las cuales 'formas de salario son únicamente dos: por unidad de tiempo y por resultado. El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración de trabajo y no el esfuerzo realizado .... Jornal y sueldo son especies de salario fijo o por unidad de tiempo, pero solo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos...' (Sentencias 7 de febrero de 1964 y 20 de marzo de 1964, entre otras).

"B) Ahora bien: si se tiene que el salario fue fijo y tuvo el carácter de sueldo, independientemente de cualquier otra consideración, debía habérsele dado aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 174 del Estatuto Laboral según el cual 'en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado'. Y desde luego, se presenta como grave error la aplicación del artículo 176 ibídem que regula presupuestos fácticos que de ninguna manera se presentan en el sub lite. En efecto, obsérvese que la mencionada disposición gobierna lo relacionado con aquellos salarios que no tengan el carácter de fijo, 'como en los casos de remuneración por tarea o a destajo, o por unidad

de obra...' ninguno de los cuales se evidencia en este proceso. Con fundamento en lo anterior, es elemental pensar que desaparece todo apoyo legal para la condenación que se hace por remuneración por descansos en días domingos y feriados.

"C) Por otra parte, resulta que al no haberse demostrado la jornada laborada por el demandante, como con acierto lo indicó el fallador **a quo**, preciso era acudir a la norma supletoria consagrada en el artículo 4º de la Ley 187 de 1959, relativa a la aplicación del salario mínimo, advirtiendo que a consecuencia de esos errores manifiestos se produjo la transgresión de las prescripciones legales que regulan los derechos laborales, como los artículos 249 del Código y 17 del Decreto 2351 de 1965, en punto al auxilio de cesantía; 306 del Código en relación con la prima de servicios; 17 del Decreto 2351 referente a las vacaciones y 8º del Decreto mencionado, en armonía con el 45 del Estatuto Laboral, en relación con la indemnización por la ruptura del contrato laboral.

"D) Los errores manifiestos que exhibe la sentencia en su labor de análisis probatorio, condujeron a suponer que se estaba en presencia de una jornada completa como se trasluce de la invocación que se hace del artículo 161 del Código y con la referencia negativa que se indica del 197 **ibídem**, sin recordar que aquella disposición es supletiva de la voluntad de las partes, conforme al artículo 158 de la misma obra y fue precisamente en desarrollo de tan importante principio que se convinieron las estipulaciones, absolutamente válidas dentro del contexto laboral que le dieron los falladores de instancia, en torno al salario y a la jornada misma, como se infiere precisamente de las pruebas cuya apreciación equivocada o falta de ella se predica. 'Acertó, pues, el **a quo** al señalar que no existiendo determinación precisa del salario fijo devengado, era forzosa la aplicación del mínimo legal, pues basta la presencia de los otros dos elementos esenciales, la prestación del servicio y la continuada dependencia, para que se produzca la subsunción, por ministerio de la ley, del tercero, atinente a la remuneración.

"E) Como consecuencia de los errores evidenciados, ha de producirse la casación de la sentencia, para que en sede de instancia se confirme la del primer grado con la modificación relacionada con la remuneración en días de descanso obligatorio, puesto que este aspecto descansa en soportes jurídicos diferentes al de la jornada, en vista de que, teniendo el salario estipulado el doble carácter de ser fijo y de ser sueldo, se produjo una aplicación a todas luces ilegal de la norma del artículo 176, echándose en olvido el clarísimo texto del inciso segundo del artículo 174 que entiende comprendido dentro del sueldo el valor de las condenas tan injurídicamente despachadas". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

En la demanda su autor afirma que "al pagárseme las dos últimas quincenas de trabajo se me obligó a aceptar que solamente trabajaba siete horas diarias, lo que hice por la necesidad que tenía del dinero (hecho noveno, fl. 2, Cdno. 1º).

Pero esta confesión del actor sólo puede significar lo que expresa literalmente, o sea que en las dos últimas quincenas de trabajo su jornada sólo fue de siete horas al día, sin que de allí pueda inferirse que durante toda la vigencia del contrato de trabajo, que el Tribunal determinó en 2 años, 5 meses y 14 días, esa hubiera sido la jornada del doctor Sánchez, pues de lo acontecido en tan breve fragmento de la relación laboral no se evidencia el hecho de que siempre se hubiesen prestado los servicios con esta modalidad, es decir, que el fallo acusado adolezca de error palmario cuando expresó que el demandante laboró cuando menos la jornada máxima legal completa, ya que este concepto lo basa el sentenciador ad quem en los testimonios de Alberto Camacho Rúa y Libia Gómez López y no en mero capricho o presunción infundada, y bien podía dicho sentenciador sentirse convencido por aquellas declaraciones y no por lo afirmado en la demanda, conforme al principio de la libre apreciación de pruebas instituido para los falladores de las instancias por el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral.

No había obstáculo entonces para que el Tribunal, con fundamento en la jorna-

da de trabajo que así determinó y en el salario de $ 35.10 por hora, que se pactó en el contrato que obra a folios 17 a 19 del primer cuaderno y que se cita en el cargo, calculara el monto de la cesantía, las primas de servicio, la compensación monetaria de vacaciones y la indemnización por despido injusto, sin que su criterio resulte ahora viciado por evidente error de hecho.

Si de las pruebas legalmente calificadas que cita el cargo no se configuran, como quedó visto, los errores de hecho que tendrían relación con los testimonios que el mismo cargo invoca como mal apreciados por el Tribunal, no es del caso examinar esas declaraciones que no son hábiles para acreditar la existencia de tales errores dentro del recurso extraordinario de casación.

No prospera, entonces, este aspecto de la acusación.

En cambio, la misma estipulación contractual ya citada, donde se dice que Sánchez tendría una remuneración de $35.10 por hora de servicio, pagadera por mensualidades, muestra a las claras que el demandante devengó sueldo y no jornal. Es decir, que dentro de ese sueldo estaba comprendido el valor de los descansos dominicales y festivos a que tuviera derecho dentro del respectivo mes.

O sea que si el Tribunal calculó el salario de Sánchez en $ 8.424.00 por mes, conforme se lee en la sentencia acusada (fl. 74, Cdno. 1º) y olvidó que este era un sueldo con el cual se entienden retribuidos los días de descanso legalmente obligatorio, incurrió en el error de hecho que por este aspecto le atribuye el cargo, con la consiguiente violación indirecta de los textos sustanciales sobre la materia citados por la impugnación, que prospera en lo que a dicha materia atañe. Por lo demás, el propio actor confesó en su demanda (hecho 3º, folio 1º, Cdno. 1º) haber devengado un sueldo.

Habrá de casarse entonces el fallo recurrido en cuanto aumentó el valor de la condena que hizo por concepto de retribución de descansos obligatorios el Juez a quo.

Como los cargos segundo y tercero buscan lograr lo ya obtenido con la prosperidad parcial del primero, no es menester estudiarlos.

Y para proveer en instancia, basta recordar que el artículo 174, inciso 2º, del Código Sustantivo del Trabajo precisa que en todo sueldo se entiende comprendido el valor de aquellos descansos, para que se imponga la absolución por este concepto en favor de la sociedad demandada.

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 PARCIALMENTE el fallo acusado en cuanto aumentó el valor de la condena al pago de remuneración de descansos dominicales y festivos hecha contra la firma demandada por el Juez a quo, REVOCA el ordinal e) de la sentencia del primer grado y, en su lugar, ABSUELVE a "Servicios de Ingeniería de Consulta, Sedic Ltda. " de la súplica sobre remuneración de descansos dominicales y festivos, que contiene el libelo dirigido contra ella por el doctor José Gregorio Sánchez.

No CASA en lo demás el aludido fallo.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

PRESCRIPCION DE DOMINICALES Y FERIADOS. PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

Para que el cargo en casación contenga la proposición jurídica completa, debe señalarse la violación de las normas que consagran la modalidad prescriptiva y las sustanciales que establecen las obligaciones laborales y reconocen los derechos invocados en la demanda, y que se estimaron extinguidas por la prescripción. Falta de Técnica - Cargo incompleto

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

(Radicación Nº 4936).

(Acta Nº 24).

Juan R. Bonilla, mayor de edad, vecino de Puerto Boyacá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 4'832.248 de Andagoya, demandó por medio de apoderado al **Municipio de Puerto Boyacá**, representado por el Personero Municipal, para que, previa tramitación de un proceso ordinario laboral de mayor cuantía, se hicieron las declaraciones y condenas que en seguida se transcriben:

"1. Que el Municipio de Puerto Boyacá, tuvo a su servicio, como obrero, desde el 13 de marzo de 1964, hasta el 13 de agosto de 1970, al señor JUAN R. BONILLA, a quien despidió y liquidó injustamente.

"2. Que el demandante fue despedido como trabajador del Municipio, estando gravemente enfermo, y no habérsele hecho el tratamiento a que tenía derecho, ni habérsele indemnizado en lo pertinente.

"3. Que durante los años de 1967 y 1968, mi poderdante trabajó a órdenes del demandado, durante los días festivos y dominicales, sin habérselos pagado de acuerdo a la ley, ni haberle liquidado de acuerdo al salario correspondiente.

"4. Que el Municipio al liquidarlo, lo hizo deficientemente.

"5. Que el Municipio de Puerto Boyacá, debe pagarle al demandante, la suma de CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE ($ 52. 242.75), proveniente de los siguientes conceptos: a) reajuste de liquidación, con un sueldo promedio mensual de $1.369.50, la cantidad de $3.501.75; b) Por valor de 141 días entre dominicales y festivos, la cantidad de $ 9.306.00; c) Por valor de 35 meses de salarios, desde el día 14 de agosto de 1970, hasta el 13 de julio de 1973, la suma de $ 34.650.00, según el artículo 65 del Código Sustantivo Laboral; y d) El valor de $ 5.940.00, como valor de tres (3) Primas de Navidad y tres (3) Primas de Servicios, causadas y no pagadas.

"6. Que la entidad demandada debe pagar a Juan R. Bonilla la PENSION DE INVALIDEZ, de acuerdo a la ley, o la indemnización legal correspondiente.

"7. Que la Entidad demandada debe pagar a favor del demandante la suma de $ 33.00 diarios, desde el día 14 de julio de 1973, hasta cuando cancele la totalidad de las pretensiones (sic) de la presente demanda.

"8. Que se condene al demandado al pago de la **Extra** y **Ultra Petita** que se probaren a través del proceso.

"9. Que la Entidad demandada sea condenada al pago de las agencias en derecho u honorarios del abogado del actor'.

En los hechos de la demanda se afirma que Juan R. Bonilla prestó sus servicios al Municipio demandado, como obrero, entre el 13 de marzo de 1964 y el 13 de agosto de 1970; que fue despedido injustamente 'al pretermitir las exigencias legales pertinentes'; que al momento del despido se encontraba enfermo de los ojos y bajo tratamiento médico; que durante los años de 1966 y 1967 trabajó en días domingos y festivos, sin que se le pagara ese servicio; que no se tuvo en cuenta, en la liquidación, ese mayor valor, equivalente a $ 66.00 diarios; que la entidad demandada adeuda tres primas de navidad e igual número de primas de servicio, así como la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El Municipio de Puerto Boyacá dio contestación a la demanda y en el correspondiente escrito se opuso a las pretensiones del actor, manifestando no ser ciertos los hechos del libelo; de otra parte, propuso en la primera audiencia de trámite las excepciones de inexistencia de las obligaciones, extinción de las mismas y prescripción.

El Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Boyacá, en audiencia de juzgamiento verificada los días 28 de junio de 1974 y 11 de julio del mismo año, pronunció la correspondiente sentencia en la cual declaró prescritos los derechos reclamados por concepto de salarios, dominicales, festivos, primas de navidad y primas de servicios, con exclusión de la prima de servicio del primer semestre de 1970, respecto de la cual encontró demostrada la excepción de pago; absolvió por auxilio de invalidez, por la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y por las demás pretensiones de la demanda; ordenó la consulta de la providencia e impuso al actor las costas del proceso.

Apelada esa providencia por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Civil-Laboral, en sentencia de 24 de septiembre de 1974, confirmó en todas sus partes el proveído del Juzgado, absteniéndose de condenar al pago de las costas de la segunda instancia.

El apoderado de Juan R. Bonilla interpuso el recurso de casación contra la sentencia antes mencionada, que concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a estudiarse, teniendo para ello en cuenta la demanda con que fue sustentado y el escrito de réplica presentado por el Señor Procurador Delegado en lo Civil.

El recurso

El alcance de la impugnación pretende "que la H. Corte case la sentencia del ad quem y, constituida en Tribunal de instancia revoque la del a quo condenando a la entidad demandada al pago de la totalidad de las pretensiones de la demanda, a excepción de la referente a dominicales y festivos".

Bajo la expresión "Cargos", el recurrente propone, en cuatro numerales, las acusaciones contra la sentencia impugnada, en la modalidad de "Violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba y según la causal primera". Es preciso anotar, ante todo, que los numerales o apartes de la demanda no se presentan con la individualidad que exige la técnica del recurso, por lo que se hace incierto saber si se trata de un solo cargo o de varios. Con todo, como cada uno de los apartes exhibe una modalidad de impugnación diferente frente a la sentencia, esta circunstancia autoriza su estudio separado.

Primer cargo

El cargo presenta acusación, por vía indirecta, de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º y 11 del Decreto 3135 de 1968 —consagratorios de los derechos de cesantía, vacaciones y prima de navidad—, a través del error evidente de hecho.

Según el censor, el Tribunal dio por establecido el hecho del pago de la totalidad de las prestaciones del trabajador. En el desarrollo del cargo, critica la apreciación probatoria del ad quem respecto de los testimonios de Arnulfo Vargas y Luis Buelvas y del documento del folio 34, por habérseles otorgado el valor de plena prueba.

Sobre el particular anota:

"I. El Tribunal dio por establecido el hecho de haber sido pagadas todas las prestaciones al trabajador despedido por haberlo así afirmado los testifos (sic) Arnulfo Vargas— fls. 28 y ss. del cuaderno 1, y Luis Buelvas —fls. 38 y ss. ídem—, dándoles el valor de 'plena prueba' —fl. 20, cuaderno 2—, lo mismo que al documento del fol. 34, del cuaderno 1, sin haber establecido la contradicción evidente y protuberante entre estos dos grupos de pruebas, y aún entre los dos testimonios indicados. Mientras el testigo Vargas por ejemplo, afirma que Bonilla NO TRABAJO DOMINICALES NI FESTIVOS —fl. 29, cuaderno 1— —Buelvas— fls. 39 y 40 ídem —dice que— sí TRABAJO EN TALES DIAS, aunque no todos los indicados. Es decir, hay contradicción en sus dichos uque (sic) afectan lo fundamental del testimonio, y hay (sic) contradicción igualmente con el documento del folio 34 citado, por cuanto ésta prueba que constituye el documento auténtico afirma que Bonilla SI TRABAJO LA TOTALIDAD DEL (sic) LOS DOMINICALES Y FESTIVOS DE LOS AÑOS 66/67, de acuerdo a la petición demandatoria y los testimonios indicados lo niegan, o sea, que los testimonios que para el tribunal constituyen 'plena prueba', además de contradecirsen (sic) entre sí, contradicen un documento auténtico, que para este caso debe prevaler con el empleo de elementales nociones de sana crítica probatoria.

"Pero hay algo más protuberante en la mala apreciación de la prueba testimonial particularmente en la del testigo Vargas, y es el hecho de que, como él lo afirma —fl. 29, cuaderno 1—, 'NO LE CONSTA EN QUE EPOCA FUERA SUSPENDIDO (BONILLA)', para enseguida (sic) afirmar hechos de tanta intimidad con el demandante Bonilla, como cuando dice que '...Personalmente lo vi a él (a Bonilla) cuando estaba haciendo las últimas gestiones de la liquidación y demás prestaciones...'. Esto significa que el testigo Vargas puede ser, o un brujo, o un solemne mentiroso. (las mayúsculas son mías).

"Y en cuanto se refiere al testigo Buelvas, sorprende la vagedad (sic) en su dicho: 'con relación a los salarios SI NO ESTOY EQUIVOCADO fue de $ 33.00 diarios... se le cancelaron sus salarios correspondientes EN GENERAL... la personería ... procede a cancelar el contrato de trabajo con SUFICIENTES MOTIVACIONES... y ordena la liquidación que se practica EN FORMA BASTANTE CLARA ... fls. 38 y 39 cuaderno 1—. Y luego pasa a las intimidades con sus respectivas contradicciones por supuesto —fl. 40 ídem— '...en los archivos reposan las constancias y los recibos de auxilios unos de quinientos pesos y otros recibos de mil pesos que el municipio la entregaba y que JUAN R. BONILLA GASTABA EN COSAS DIFERENTES a SU ENFERMEDAD. Cuando el municipio le dio esos dineros SE DEBIA A QUE NO LE DEBIA UN SOLO CENTAVO AL TRABAJADOR. Pero en medio de su sabiduría nos dejó con la duda del número de recibos de 500 y de los de 1000; cuánto dinero recibió por tal sistema el Sr. Bonilla?; y si 'se debía a que no le debía', los funcionarios que obraron en la disposición de entrega de tales cantidades se hallan incursos en el Código Penal, por peculado, incluyéndose entre éstos, seguramente al propio declarante".

Por su parte el opositor expresa que el casacionista no determina los cargos con precisión, inclinándose a pensar que se trata de un solo cuya demostración se presenta en cuatro capítulos o apartes. Y luego de transcribir parcialmente el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, sobre requisitos de la demanda de casación y la sentencia de 31 de mayo de 1963 de esta Corporación, comienza por observar que los artículos 249, 201, 209, 65 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, 8º y 11 del Decreto 3135 de 1968, no son aplicables al caso de autos. Más adelante indica que los artículos 60, 61 y 63 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, citados por el recurrente, no son suficientes para el estudio del cargo, dado su carácter reglamentario. Y concluye de ese examen diciendo que la proposición jurídica no es completa.

Observa el opositor, además, que el recurrente omite señalar el concepto de la infracción y que involucra defectuosamente, en la demostración, errores de hecho provenientes de la apreciación de las pruebas testimonial y pericial, excluidas de es-

te recurso por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

Se considera

Conforme a lo manifestado en este cargo, el ad quem violó los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º y 11 del Decreto Legislativo 3135 de 1968, por haber apreciado equivocadamente las declaraciones de Arnulfo Vargas y Luis Buelvas y el documento del folio 34 (Cdno. 1), elementos de prueba con los cuales, según el casacionista, se consideró demostrado el pago de las prestaciones del demandante. Las normas citadas establecen, en su orden, el derecho al auxilio de cesantía de los trabajadores particulares y el derecho a vacaciones y prima de navidad de los empleados oficiales del orden nacional.

Nada resolvieron los juzgadores de instancia respecto de vacaciones, ni el reconocimiento de ese derecho se invocó expresamente en la demanda incoatoria de este proceso. Su inclusión ahora, por consiguiente, equivale a plantear un medio nuevo, inadmisible dentro de la técnica del recurso de casación. En lo que respecta a cesantía tampoco hay claridad en el libelo inicial, porque allí se pretende ". . a) reajuste de liquidación, con un sueldo promedio mensual de $ 1.369.50. . .", ni el Tribunal ni el Juzgado aluden de manera precisa a ella, sino que en términos generales aceptan la extinción de las reclamaciones por concepto de prestaciones sociales.

La Resolución del Tribunal, para no acceder a las pretensiones del trabajador, radica en la consideración de los medios exceptivos propuestos por el Municipio. Fue explícito el sentenciador de segundo grado al estimar que los dominicales y festivos estaban prescritos y al decir que las demás prestaciones habían sido pagadas en su totalidad. Pero al estudiar la excepción de prescripción —respecto de dominicales y feriados—, examinó el alcance probatorio de la prueba documental en relación con el precepto contenido en el artículo 161 del Código Procesal Laboral, mientras que, para deducir el pago de las demás prestaciones sociales fundamentó su decisión en los testimonios de Vargas y Buelvas, en la interpretación de la demanda y en la conducta procesal del actor por haber dejado pasar un período de tiempo considerable sin reclamar judicialmente el reajuste de sus prestaciones, circunstancias las dos últimas que calificó como indicios y que lo llevaron a absolver a la entidad demandada.

Sobre el particular dijo el ad quem:

"El trabajador presentó al Municipio una relación escrita con fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos setenta y tres, cuaderno 1º fl. 3º, al Alcalde del Municipio demandado, haciendo reclamación sobre prestaciones debidas o que el trabajador creía que se le debían, como, según la demanda, el trabajador laboró hasta el 13 de agosto de 1970, no se habían cumplido los tres años para consumar la prescripción y la citada petición la interrumpió en algunos aspectos y derechos porque en otros ya se había consumado el fenómeno jurídico.

"Se demanda, en la petición tercera, el pago de dominicales y festivos de los años 1967 y 1968, que según constancia visible al fl. 34, del seis de febrero de mil novecientos setenta y seis al 31 de diciembre de mil novecientos setenta y siete, se le debían al trabajador demandante los dominicales y festivos, constancia que es plena prueba, y que contradice al demandante en cuanto afirma que se le adeudan dominicales del año mil novecientos sesenta y ocho.

"Como se vio, el derecho debe reclamarse desde el día siguiente aquel en que se hace exigible, en este caso el 31 de diciembre de mil novecientos sesenta y siete y si no fueron reclamados prescribirían el 31 de diciembre de mil novecientos setenta. De mil novecientos sesenta y ocho en adelante la demanda no pide pago de festivos y dominicales hasta cuando se retiró el trabajador, porque, o no se le debían, o se le habían pagado junto con sus salarios y demás prestaciones al ser liquidado el obrero el 13 de agosto de mil novecientos setenta, por lo cual debe negarse esa petición.

"En la petición cuarta, se afirma que al liquidarlo, se hizo deficientemente, pero el trabajador en su demanda no manifestó en qué consistió esa deficiencia, ni tampoco dijo cuanto había recibido por todos esos conceptos; en estos procesos no dice

que las pruebas para acreditar el pago sean de determinada clase y por el contrario la ley permite que se pueda probar con cualquiera de los medios de prueba señalados en ella, y al respecto tenemos que el Municipio presentó las declaraciones recibidas en audiencia pública, como figuran a los folios 28 y 38 del cuaderno 1º, por las cuales se probó que el demandante trabajó como obrero raso del citado Municipio. Dicen los testigos que Bonilla recibió del Municipio demandado: 'Sí pagó las prestaciones liquidadas junto con las primas de navidad y servicios' y como dice el testigo Luis Buelvas (fl. 39): 'Cuando el señor Juan R. Bonilla fue suspendido de su cargo, no solamente se le cancelaron sus salarios correspondientes, en general, sino también las prestaciones que le correspondían por el tiempo de servicio lo mismo que dominicales y festivos, sin que se le llegase a quedar debiendo absolutamente nada'. Y sigue afirmando el testigo que el demandante trabajó solamente uno que otro festivo pero que en la quincena siguiente se le iban pagando y que en ningún momento trabajó los ciento cuarenta y un dominicales que demanda.

"Las anteriores declaraciones recibidas con las formalidades legales, dentro de audiencia, que no fueron tachadas de falsas, se consideran como plena prueba del hecho de que el Municipio sí pagó al demandante en su liquidación la totalidad de los salarios, prestaciones y festivos debidos, lo cual se confirma con el indicio de que el mismo demandante en su demanda no pide la totalidad de salarios y prestaciones, sino simplemente se limita a pedir un reajuste de la liquidación, sin manifestar las sumas que haya recibido y sobre las cuales debía hacerse el reajuste que se demanda, indicio de que sí recibió el demandante el pago correspondiente por parte del demandado.

"Otro indicio que confirma el dicho de los testigos, es el que para reclamar ese reajuste al demandado hubo de demorarse el demandante casi los tres años que pudieron haber configurado la prescripción.

"Lo anterior se considera como plena prueba de que el Municipio demandado sí pagó al liquidar al obrero demandante, como dicen los testigos, todos sus salarios, prestaciones, primas, dominicales y festivos.

"Esto sirve para configurar la excepción de pago y carencia de acción ya que si se pagó no se puede pedir dos veces el mismo pago porque ya no tiene acción".

Habiéndose apoyado la resolución sobre pago de primas y prestaciones en declaraciones testimoniales, la acusación no era viable a través de ellas, porque tan solo procede en este recurso cuando la causa del error de hecho la genera la falta de apreciación o la equivocada apreciación del documento auténtico, la inspección ocular y la confesión judicial, como lo enseña el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y lo ha repetido la jurisprudencia de esta Sala.

Pero ocurre en el presente caso que el impugnante fija la atención en el documento del folio 34 (Cdno 1), relativo a servicios prestados por el trabajador en días domingos y festivos durante los años 1966 y 1967, para contraponer tal escrito a los testimonios de Vargas y Buelvas, siendo que la acusación versa sobre la infracción de normas relativas a vacaciones, cesantía y primas de navidad, sin que pase a demostrarse en qué forma el error anotado —dar por demostrado el pago de prestaciones— y la equivocada apreciación del documento, pudieron determinar al ad quem a negar tales derechos o su reajuste.

Si se tiene en cuenta, de otra parte, que el Tribunal declaró prescrito el derecho a dominicales y festivos —excluidos expresamente por el recurrente al fijar el alcance de la impugnación pero involucrados en la demostración del cargo—, se observará también que el cargo no incluye acusación de los preceptos que reglan el fenómeno prescriptivo, condición necesaria para que la proposición jurídica sea completa. Ello es así, porque tratándose de una sentencia que declara prescritas las acreencias laborales reclamadas por el trabajador, para que el cargo en casación contenga la proposición jurídica completa debe señalarse la violación de las normas que consagran la modalidad prescriptiva y las sustanciales que establecen las obligaciones laborales y reconocen los derechos invocados en la demanda, y que se estimaron extinguidos por la prescripción.

Aún más, el censor acusa infracción de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 8º y 11 del Decreto 3135 de 1968, olvidando que Juan R. Bonilla es trabajador oficial, supuesto no discutido en el curso del proceso, por lo cual mal podía infringir el sentenciador esos preceptos. En primer término, porque el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, regula el derecho de cesantía de los trabajadores particulares y no rige para los trabajadores oficiales por mandato expreso de los artículos 4º y 492 del mencionado estatuto; y en segundo lugar, porque los artículos 8º y 11 del Decreto 3135 de 1968 rigen exclusivamente para los empleados oficiales del orden nacional.

Por todo lo dicho, el cargo se estima inatendible.

Segundo cargo

En este otro cargo el impugnante acusa violación de la ley, por aplicación indebida del artículo 7º numeral 15 del Decreto 2351 de 1965 y por falta de aplicación del artículo 8º numeral 4º ibídem, a consecuencia del error evidente de hecho por la equivocada apreciación del documento del fl. 32 (Cdno. 1).

En concepto del censor, el Tribunal no declaró "mal preavisado al trabajador", lo que lo llevó a abstenerse de condenar al pago de la indemnización contemplada en el artículo 8º numeral 4º del Decreto 2351 de 1965.

En desarrollo de la impugnación, dice el recurrente:

"El Tribunal estimó defectuosamente el documento auténtico que contiene el preaviso y que obra al folio 32 en el cual se comunica al trabajador que 'desde la fecha —agosto 3 del 70— queda legalmente preavisado...' y se ha aceptado que a Bonilla no le pago salarios la Entidad sino hasta el 13 del citado mes de agosto, es decir, que el preaviso fue de lo (sic) días, lo que quebranta en forma evidente y ostensible la norma que ordena, si se acepta que fue despedido por estar enfermo, como se deduce del documento auténtico que obra al folio 32 ya citado, por el cual la personería, a los 5 días de haberlo despedido, lo envía al hospital 'para que sea examinado tratado sobre el mal que padece...', que dicho preaviso sea dado 'al trabajador con anticipación no menor de 15 días', como lo dice el artículo 7º último inciso del numeral 15, literal A del Decreto 2351 de 1965.

"E igualmente faltó el mínimo de cuidado por parte del juzgador de segunda instancia, al afirmar que el preaviso 'fue dado de acuerdo con la ley por razones justificadas', pues vemos que la razón del preaviso es 'la situación fiscal o económica que padece el Municipio' —fl. 33, Cdno. 1—, que no aparece entre las indicadas por la ley como justificadas, lo que da lugar por necesidad jurídica a tenerse el despido como injusto por lo que la Entidad despedidora debía haberle dado cumplimiento al artículo 8º del mismo Decreto 3251 de 1965, numeral 4º, literal c), y no lo hizo por haber apreciado mal el documento auténtico en mención, cometiendo error evidente de hecho que condujo al ad quem a violar por aplicación indebida el artículo 7º, numeral 15, del decreto ídem y por falta del artículo 8º del decreto citado, al pago de aplicación el artículo 8º numeral 4º literal c ídem: en efecto de no haber aplicado el Tribunal el artículo 7º hubiera ascedido (sic) no sólo a declarar mal preavisado al trabajador sino a condenar como consecuencia jurídica de aplicación del artículo 8º del decreto citado, al pago de la indemnización ordenada en la última norma. Por esta razón, es decir, por haber apreciado mal el documento indicado el Tribunal violó por error evidente de hecho y en la forma indicada las dos normas citadas".

Respecto de la posición de la parte opositora, se remite la Sala a lo dicho para el cargo precedente, en donde se hace una síntesis del escrito de réplica presentado por el Señor Procurador Delegado en lo Civil.

Se observa

El recurrente expresa que el Tribunal violó el artículo 8º numeral 4º del Decreto 2351 de 1965 por falta de aplicación, sin tener en cuenta que los conceptos de la causal primera de casación laboral son la infracción directa, la interpretación errónea y la aplicación indebida. Aquélla, la falta de aplicación, puede presentarse

cuando el fallador ignore la norma o porque se rebele contra ella, pero en estos eventos existe una violación por el concepto de infracción directa; y, además, puede ocurrir cuando la norma se aplique a una situación no regulada por ella, dejando de aplicarse la que si regula esa situación, caso en el cual existe aplicación indebida tanto de la norma aplicada como de la dejada de aplicar. En ese sentido se ha pronunciado ya la jurisprudencia de esta Sala.

Con todo, el defecto de técnica anotado no será suficiente para impedir el estudio del cargo, pues estando formulado a través del error de hecho ha de entenderse que se pretende acusar una violación indirecta por aplicación indebida.

Se considera

El cargo plantea la violación indirecta de los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, disposiciones legales que regulan las causas de determinación unilateral del contrato de los trabajadores particulares y su indemnización.

Es preciso anotar, como lo reclama el opositor, que los preceptos ya dichos no se aplican a los trabajadores oficiales, como lo ordenan los artículos 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, sino las normas especiales que rigen las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores oficiales.

Por este solo aspecto el cargo aparece incompleto y, en consecuencia, debe desestimarse.

Tercer cargo

Acusa la violación de los "artículos 60, 61, y 63 del Decreto 1848 del 69 por aplicación del decreto inmediatamente citado' Sustantivo del Trabajo, y por falta de aplicación del decreto inmediatamente citado" (fl. 12).

En el desarrollo del cargo dice el recurrente:

"El Tribunal cometió error clarísimo manifiesto de simple hecho en la apreciación del dictamen médico pericial que obra al folio 36 del cuaderno 1, donde aparecen que el señor Bonilla fue examinado por el especialista escesor (sic) en órganos de los sentidos en la sección de Medicina de seguridad ehigiene (sic) en el Trabajo, con este resultado' ... agudeza visual: O.D. deficiente precepción luminosa; ojo izquierdo 8/10; segmento anterior: Ojo Derecho Catarata Secundaria; (ojo izquierdo normal) fondo de ojo: ojo derecho innalumbrable ... movimientos oculares: ESOTROPIA EN OJO DERECHO ...'. Al no comparar esta literatura con la norma respectiva del Código Sustantivo del Trabajo, aplicable en este caso por analogía el artículo 209, grupo I, nl. 22 que es exactamente el molde legal sin sobrarle no faltarle.

"Tanto el resultado del peritazgo: esotropia o perdida (sic) total funcional del ojo derecho y disminución de la agudeza visual del ojo izquierdo de 8/10, como la descripción legal' perdida (sic) anatomica o funcional de un ojo y disminución de la agudeza visual hasta 8/10 del 60% a 85%', dicen exactamente los mismo".

Se observa

Respecto de este cargo cabe hacer la misma observación que al precedente, en materia de violación de la ley por el concepto de falta de aplicación del Decreto 1848 de 1969, en sus artículos 60, 61 y 63.

Se considera

De acuerdo con lo dicho por el censor en el planteamiento de este cargo, el Tribunal fallador violó los artículos 201 del Código Sustantivo del Trabajo, 60, 61 y 63 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 —involucración improcedente, como ya se anotó—, al no haber apreciado acertadamente el dictamen pericial que obra folio 36 (Cdno 1).

Como puede inferirse de la lectura del cargo, el censor fundamenta la impugnación en un medio probatorio no calificado para obtener la quiebra del fallo, porque se pretende establecer el error de hecho con apoyo en un dictamen pericial y está ya dicho que esa modalidad del error sólo puede generarse en la equivocada apreciación o en la falta de apreciación del documento auténtico, la inspección ocular y

la confesión judicial (artículo 7º, Ley 16 de 1969).

Además, incurre el impugnante en manifiesto error de técnica al proponer la violación de un Decreto reglamentario, que lo es el 1848 de 1969, sin hacer lo propio con la ley reglamentada, para el caso el Decreto legislativo 3135 de 1968, lo cual haría incompleta la proposición jurídica, si para este asunto fuere pertinente.

Contraría igualmente la finalidad de este recurso, como lo anota con razón el opositor, la formulación de una acusación apoyada en normas del Código Sustantivo del Trabajo, y también en las citadas anteriormente, pues no son las propias que regulan los casos en que se ventilan cuestiones relativas a las relaciones laborales entre el Estado y los Trabajadores oficiales que no pertenecen al orden nacional.

Por lo tanto, el cargo es inestimable.

Cuarto cargo

Plantea la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por el concepto de falta de aplicación, a consecuencia de error evidente de hecho.

La acusación está presentada así:

"Al haberse equivocado el Tribunal en las formas antes indicadas en la apreciación del haz probatorio del proceso violó en la forma hostensible (sic) y por error evidentísimo de hecho por falta de aplicación, en artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma no excepciona destinatario. Y en el presente caso al quedar demostradas las circunstancias de hecho de al demanda (sic) el Tribunal debía haber condenado a la entidad demandada, y es tanta la evidencia del error que el ad quem se extralimitó en la apreciación del dictamen aludido como aparece al fl. 21, cuaderno 2 comparado con el fl. 36, cuaderno 1, en donde el perito advierte que la esotropia PUEDE provenir de un traumatismo o de diabetes, y el Tribunal en forma categórica afirma que proviene de aquélla, absolbiendo, (sic) a la entidad demandada".

Se observa

El recurrente incurre en el defecto técnico anotado para los cargos segundo y tercero, al acusar la violación de la ley por el concepto de falta de aplicación.

Se considera

Indica el censor la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del error evidente de hecho en la apreciación equivocada del "haz probatorio del proceso", y, tangencialmente, por la equivocada estimación de un dictamen pericial.

Las exigencias atinentes al recurso de casación, imponen al demandante la necesidad de presentar los cargos que se formulen contra la providencia impugnada, con claridad y precisión, todo a efecto de que la Sala, al desatarlo, no se vea avocada a acudir de oficio a indagaciones que desvirtúen su función, convirtiéndola en otro juzgador de instancia. Ha dicho la jurisprudencia de manera reiterada que si la censura se hace por error de hecho o de derecho, ha de enunciársele y definírselo sin dejar lugar a ningún equívoco, y especificarse detalladamente las pruebas cuya falta de apreciación o equivocada estimación dio lugar al error de hecho o de derecho, manifestando cuáles fueron apreciadas, si bien erróneamente y cuáles no lo fueron.

Por lo mismo, remitir al examen del haz probatorio, constituye un señalamiento defectuoso y ajeno a la estricta técnica que gobierna este recurso extraordinario, haciéndose, de consiguiente, imposible el estudio del cargo.

Se suma al defecto anotado, la circunstancia de estar fundada la formulación del cargo en el ataque a la valoración probatoria que hiciera el Tribunal de un dictamen pericial, medio de prueba sobre el cual no es posible cimentar la acusación por disposición expresa del artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Y, además, por estar dirigida la censura a criticar la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque este precepto no rige la materia de la indemnización moratoria en los contratos de trabajo con los trabajadores oficiales.

Por lo dicho, el cargo es inestimable.

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

boral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

LA NO APLICACION AUTOMATICA DE LA SANCION CONTENIDA EN EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Buena fe patronal

De todo lo anterior se concluye que habiendo el patrono demandado cancelado oportunamente las prestaciones sociales que a la terminación del contrato adeudaba a Rodríguez Pérez, no incurrió en manifiesto error de hecho el ad quem si con base en los documentos que acreditan los pagos dedujo buena fe en Distral S. A. Industrias de Ingeniería Mecánica, aun cuando no se reclamaron en el juicio los conceptos solucionados. Y esta buena fe no se desvirtúa por el no pago de una remuneración correspondiente a algunos días en que el demandante no trabajó, pues fue motivo de discusión si la no prestación de esos servicios tuvo como motivo la culpa del patrono o la desidia del trabajador. Si los falladores de instancia con fundamento en documentos emanados de terceros encontró cierto la primera posibilidad, tampoco surge en forma manifiesta la carencia de buena fe ni la aplicación automática de la sanción contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto existieron motivos razonables en el patrono para no reconocer el derecho reclamado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 26).

José Alejandro Rodríguez Pérez, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a Distral S. A. Industrias de Ingeniería Mecánica, domiciliada también en Bogotá, para que se la condenase a pagarle lo siguiente: "a) Indemnización por rotura unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte de la entidad empleadora. b) Salarios causados y devengados, pero no cancelados, y correspondientes a la semana comprendida entre el 3 de noviembre de 1968 al 10 del mismo mes y año. c) Salarios devengados, pero no cancelados y correspondientes al tiempo comprendido entre el 10 de febrero de 1969 al 26 del mismo mes y año. d) El valor de los gastos razonables de venida a Bogotá desde Barrancabermeja (Santander), ya que para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia. e) A la indemnización moratoria por la falta de pago de los salarios y prestaciones anteriores. f) A las costas del juicio".

Los hechos de la demanda los relata así el apoderado judicial de José Alejandro Rodríguez Pérez: "1º. En virtud de contrato de trabajo, pactado entre la sociedad DISTRAL, S. A., por un término de la realización del ochenta por ciento (80%) del trabajo de 'INSTALACION DE TUBERIA para el Oleoducto Albán —Bogotá—', y obrando dicha sociedad como entidad patronal y el señor JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ PEREZ, como trabajador durante el tiempo comprendido entre el 10 de febrero de 1968 y el 30 de agosto de 1969. 2º El cargo desempeñado por el actor en este negocio fue de Soldador de Primera categoría. 3º Como salario el actor en este asunto devengó una suma de $80.00 pesos diarios. 4º El día 3 de noviembre de 1968 se le ordenó que el lunes siguiente pasara por la Gerencia de la Empresa a recibir los documentos para que prestara sus servicios en Venezuela, pero la visa no estaba lista y solamente hasta el viernes de la misma semana se la entregaron y esa semana o sea del 3 de noviembre de 1968 al 10 del mismo mes y año no se la pagaron alegando que no tenía derecho por no haberla trabajado, pues así se lo manifestó el Jefe de Personal de la compañía don Eduardo Bejarano. 5º Al regreso de Venezuela, donde prestó sus servicios durante el tiempo comprendido entre el 11 de noviembre de 1968 al 9 de febrero de 1969, se presentó en Bogotá a la Empresa a continuar laborando, pero no obstante que habló con varios ingenieros de la compañía, ninguno de ellos lo vinculó a la Empresa. Por fin la Secretaria R. Beatriz lo remitió con Memo fechado en Bogotá el 27 de febrero de 1969 emanado de la Vicepresidencia de la compañía a don Eduardo Bejarano y continúo vinculado a DISTRAL S. A. INDUSTRIAS DE INGENIERIA MECANICA hasta la fecha de su retiro definitivo. 5º. El contrato laboral como se dijo fue celebrado en Bogotá, y la demandada hizo cambiar de residencia al actor a la ciudad de Barrancabermeja, para que prestara sus servicios, mas no le fueron pagados los gastos razonables de venida a Bogotá. 6º. Con fecha 30 de agosto de 1969, la demandada resolvió en forma unilateral e injustificada, dar por terminado el contrato de trabajo, según carta que le dirigió el Jefe de Personal a mi poderdante. 7º. La contraparte en este asunto adeuda todos y cada uno de los conceptos reclamados en la demanda".

Al contestar la demanda el apoderado de Distral S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica negó los hechos y propuso las excepciones de inexistencia del derecho que el actor pretende hacer; pago y prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá**, que conoció del juicio, dictó sentencia el veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro con el siguiente resultado: "PRIMERO: CONDENASE a la Sociedad DISTRAL, S. A., INDUSTRIA DE INGENIERIA MECANICA, domiciliada en esta ciudad, representada legalmente por el señor VITAUTAS DIDZIULIS a pagar una vez ejecutoriada la presente providencia al señor JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ PEREZ, mayor de edad, vecino de Bogotá e identificado con la cédula de ciudadanía Nº 2.900.345 de Bogotá, las siguientes sumas de dinero: a). TRES MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 3.600.00) M/L., por concepto de indemnización, compensatoria, y b) MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS ($ 1.280.00 M/L., por salarios insolutos. SEGUNDO: DECLARASE probada parcialmente la excepción de prescripción en lo que respecta a los salarios insolutos por el tiempo comprendido entre el 3 y el 10 de noviembre de 1968. En consecuencia, ABSUELVESE por este concepto a la Sociedad demandada. TERCERO: ABSUELVESE A DISTRAL, S. A., INDUSTRIAS DE INGENIERIA MECANICA, de todos los demás cargos que le fueron formulados en la demanda del presente juicio por el señor JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ PEREZ. CUARTO: DECLARANSE no probadas las demás excepciones propuestas. QUINTO: COSTAS A CARGO DE la parte demandada en un 35% TASENSE".

Apeló el apoderado de José Alejandro Rodríguez Pérez. **El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral,** decidió la apelación en fallo de treinta de junio de mil novecientos setenta y seis que Confirmó en todas sus partes el de primer grado.

Recurrió en casación la parte demandante en el juicio. 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 sentencia sea casada en parte y que constituida la Corte en Tribunal de Instancia, "revoque parcialmente la sentencia de segundo grado, pronunciada por el H. Tribunal Superior de Bogotá (Sala Laboral), o invalide parcialmente la sentencia de primer instancia dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condene a la sociedad DISTRAL S. A., INDUSTRIAS DE INGENIERIA MECANICA a pagar al actor la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a partir del día siguiente del de la terminación del contrato de trabajo, o sea a partir del 31 de agosto de 1969".

Con fundamento en la causal primera de casación el casacionista formula un solo cargo que enuncia así:

Cargo primero

"Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente, por el concepto de aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación. Esta violación se operó en razón de haber incurrido el H. Tribunal en un error evidente, manifiesto en los autos al través de errores de apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, error que condujo al H. Tribunal a tener como establecido, sin estarlo: a). Que la demandada, según los elementos de juicio que obran en el proceso, procedió de buena fe en la liquidación y pago correspondientes al demandante: (fls. 22, 23, 27 y 28), razón por la cual se abstuvo de darle aplicación a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Al sustentar el cargo dice el recurrente que: "en autos están demostrados plenamente y el ad quem lo acepta en la sentencia acusada, los siguientes hechos: 1º Que entre la empresa DISTRAL S. A. INDUSTRIAS DE INGENIERIA MECANICA, como entidad empleadora y JOSE ALEJANDRO RODRIGUEZ PEREZ, como trabajador, existió un contrato laboral, que tuvo vigencia entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969. 2º. Que el cargo desempeñado por el demandante fue de Soldador de Primera Categoría. 3º. Que el salario que devengó fue de $ 80.00 diarios. 4º. Que la Empresa rompió en forma injusta y unilateral el contrato de trabajo, y 5º. Que a la terminación del contrato de trabajo la demandada adeudaba al actor los salarios insolutos correspondientes al tiempo comprendido entre el 10 al 26 de febrero de 1969, por un valor de $ 1.280.00. No obstante la demostración plena de los hechos anteriores, el sentenciador incurrió en la violación indirecta de la norma sustancial contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como paso a demostrarlo: En efecto para no dar aplicación a la indemnización moratoria el H. Tribunal expresa en el fallo acusado: INDEMNIZACION MORATORIA. 'Del examen del haz probatorio, se deduce, como lo anota el a quo que la entidad demandada procedió de buena fe con respecto al pago y liquidación de las prestaciones sociales correspondientes al trabajador demandante (fls. 22, 23, 27 y 28), razón por la cual esta Corporación considera que no es el caso de darle aplicación a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo dispuso el a quo cuya decisión debe ser confirmada' (fol. 128). En el error apuntado incurrió el sentenciador, a consecuencia de errores de falta de apreciación de los siguientes elementos y pruebas, a saber: 1º. El libelo de demanda. (fls. 7 a 9). Al efecto debe destacar la circunstancia de que el Tribunal estriba la buena fe patronal, en hechos que no fueron materia del litigio, inclusive porque no se demandaron, como son cesantía, prima de servicio y vacaciones, cuestión equivocada a primera vista. Pues en tal situación, es erróneo el criterio del sentenciador para deducir y sustentar el principio jurisprudencial de la buena fe patronal, conclusión a que llegó en virtud de falta de apreciación de la demanda (fl. 7 a). Pues de ella se infiere que la indemnización moratoria se impetra con fundamento en la

falta de pago de: 'c) Salarios devengados pero no cancelados y correspondientes al tiempo comprendido entre el 10 de febrero de 1969 y el 26 del mismo mes y año'. Lo anteriormente expuesto no puede ser demeritado en forma alguna, con el hecho de haber allegado a la demandada comprobantes de pago de las liquidaciones por los conceptos, repito, no demandados, y menos con la simple afirmación de que el período comprendido entre el 10 al 26 de febrero de 1969 no fue laborado por el demandante. 2º. **La documental del fl. 2 'A quien corresponda'.** Si se hubiera tenido en cuenta la prueba del fl. 2, en su contenido, habría concluido el fallador que, además de que el contrato tuvo vigencia entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969 en dicho lapso se encuentra abarcado el comprendido entre el 10 de febrero y el 26 del mismo año de 1969, cuyos salarios insolutos se reclamó su reconocimiento y pago en el libelo de demanda. En realidad así lo expresa esta prueba cuando dice: 'Con la presente certificamos que el señor José Alejandro Rodríguez P. trabajó en esta Empresa durante el tiempo comprendido entre el 10 de febrero de 1968 y el 30 de agosto de 1969 como soldador de primera y con un salario diario de $ 80.00 pesos....'. En las circunstancias anteriores, aceptado que el actor laboró durante el tiempo expresado en la documental en referencia, debió concluir el sentenciador que hubo temeridad o mala fe, por parte de la demandada al no cancelar oportunamente los salarios insolutos en cuestión y en consecuencia declarar incursa a la sociedad en la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Pues la simple afirmación, sin ningún respaldo probatorio, de que el demandante no laboró dicho período es totalmente inocua para tal efecto de estructurar procesalmente la buena fe patronal. 3º **Diligencia de Reconocimiento (fl. 74 y 75).**: Dejó de apreciar así mismo el fallador de segunda instancia la diligencia de reconocimiento de los folios indicados hecha a petición de la parte demandada por parte del Jefe de Personal de la misma Sr. Jorge Enrique Silgado Flórez, en ella expresó con las formalidades legales: 'Los documentos que se me ponen de presente visibles a los folios 22, 23, 24, 3 y 42 de los autos **son ciertos en todas y cada una de sus partes y la firma que en ellos aparece es la mía y la misma que acostumbro en todos mis actos públicos y privados'.** Lo subrayado es del suscrito, para evidenciar que las pruebas de los fls. 22 y 23 que se refieren al pago de vacaciones y cesantía, respectivamente, demuestran plenamente que el período de vinculación laboral fue del 2 de septiembre de 1968 al 30 de agosto de 1969, tanto en una como en la otra documental está abarcado el período de causación de los salarios demandados como causados y no pagados y en consecuencia en forma alguna puede aceptarse la justificación de su falta de cancelación, tal como lo preceptúa el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo en la cuarta obligación a cargo del patrono sobre el pago de la remuneración en las condiciones, períodos y lugares convenidos. Como pruebas apreciadas equivocadamente señaló las siguientes: 1º. **La documental del fl. 27 sobre: 'Recibo Prima Semestral'**: Según este elemento de juicio se acredita por la misma compañía demandada, pues por ella fue aportado, que al Sr. Rodríguez Pérez se le pagó la primer prima semestral de 1969 y se evidencia que fue como trabajador a su servicio al expresar literalmente: 'durante el tiempo comprendido entre el 1º de enero y el 30 de junio de 1969'... El paz y salvo que se lee en esta documental aparece entendido únicamente 'por este concepto' o sea por la prima en cuestión. De esta prueba no puede deducirse buena fe patronal. Solo contrariando los más elementales principios de la sana crítica puede afirmarse una conducta excusable para el no pago de los salarios insolutos de que se viene hablando, pues a tal concepto no alcanza al paz y salvo en cuestión. De allí el por qué el error evidente, en que incurrió el H. Tribunal al aceptar por el pago y liquidación de tal prima semestral, buena fe, pues como se ha dicho ni siquiera fue demandada. Fue por la solución de otros conceptos que se impetró los salarios caídos. Lo que si se establece en forma protuberante es que, el actor laboró durante el tiempo a que se contrae el semestre de la prima de servicios y que abarca el reclamado del 10 al 29 de febrero de 1969,

deja así sin base la negativa a cancelarlos y sin pie para concluir que la demandada obró de buena fe, como erróneamente al través de este elemento de juicio lo dedujo la sentencia impugnada. 2º. **Documental del fl. 28 'Recibo de Prima Semestral'**: Corresponde este comprobante de pago a la prima del segundo semestre de 1968. Como la sentencia acusada reconoció la existencia del contrato de trabajo entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969, dicha prima corresponde, a parte, del período de vinculación laboral reconocido por el fallador y lo único que demuestra es el pago de la misma, pues en él se lee: 'En consecuencia declaro a paz y salvo a 'DISTRAL' 'S.' A. INDUSTRIAS DE INGENIERIA MECANICA', por este concepto'. Como se demostró al comentar la documental del fl. 27, tampoco corresponde a ningún concepto demandado, además no fue objeto de litigio, consecuencialmente no puede razonadamente servir de fundamento para deducir buena fe patronal en cabeza de DISTRAL S. A. . 3º **Documental de fl. 22 sobre 'liquidación y pago de Vacaciones'**.

Esta documental es otra de las pruebas apreciadas equivocadamente por la sentencia ameritada. En efecto según ella se tiene que la demandada pagó al actor la suma de $1.196.65 por concepto de vacaciones proporcionales, causadas según: 'PERIODO DE CAUSACION. 2 de septiembre de 1968 a 30 de agosto de 1969: De la simple lectura de lo anterior se demuestra en forma indudable que el demandante prestó sus servicios personales al tenor del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia tiene sentada la siguiente jurisprudencia: 'Es esencial en nuestro régimen de derecho del trabajo para que se causen legalmente los derechos por concepto de vacaciones, cesantía, prima de servicios, etc., la prestación de servicios del trabajador. Si esto no ocurre porque ha quedado roto el vínculo contractual, aunque sea ilegalmente, entonces no surge a la vida jurídica, con posterioridad a la ruptura, los derechos sociales, mencionados, que junto con el salario, constituyen las contraprestaciones patronales que rigen durante la vigencia del contrato laboral y que son legalmente correlativos con los servicios del trabajador'. (Cas. 25 de junio de 1958. G. J. LXXX VIII, 339). Tomada del 'CODIGO DEL TRABAJO' de Orte. Torres. Editorial Temis Bogotá, año 1972. Entonces se encuentra establecido en forma evidente con el propio documento aportado por Distral S. A. que, Rodríguez Pérez laboró durante un espacio continuo, en razón del cual se le reconoció y pagó vacaciones, período como se dijo, abarca el de los salarios causados y no cancelados. Este cobra mayor evidencia si se tiene en cuenta que mi poderdante, puso de su puño y letra, como antefirma, lo siguiente: 'Me reservo el derecho de reclamar. Posteriormente'. En consecuencia el demandante no declaró recibir sin salvedad, como lo insinúa el H. Tribunal al referirse a la indemnización moratoria. (fl. 127), sino que expresó su inconformidad al reservarse el derecho para hacerlo valer posteriormente, pues la cancelación del concepto a que se contrae la documental en cuestión el 2 de septiembre de 1969, esto es expirado el contrato de trabajo, estando aún pendientes de pago los salarios causados entre el 10 de 26 de febrero de 1969. No sobra expresar que ninguna norma legal obliga al trabajador requerir al patrono el pago de los salarios, según el artículo 57 en relación con el artículo 138 del Código Sustantivo del Trabajo, aunque no haya prestación del servicio personal, por así haberlo dispuesto el patrono o por culpa de éste, en acatamiento al artículo 140 del mismo Estatuto Laboral. 4º. **Documental del fl. 23. 'CESANTIA'**: Esta prueba establece, en efecto, que a mi representado se le reconoció y pagó, por la Empresa demandada la suma de $ 2.157.95 por concepto de cesantía, según se puede apreciar de la siguiente transcripción literal: 'valor de la cesantía que me corresponde **por el tiempo de servicio prestado a la Empresa comprendido entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969. 359 días**'. Subraya el suscrito para destacar como la demandada tenía pleno conocimiento del tiempo que le había servido al señor Rodríguez Pérez, hasta el punto de indicar el número exacto de días que en efecto es de 359 los que están comprendidos entre el 2 de septiembre

de 1968 y el 30 de agosto de 1969. Frente a tanta evidencia como es posible poner en tela de juicio la real causación de los salarios insolutos demandados y expresar como temerariamente lo hizo la Empresa que, el actor no estuvo vinculado a la misma durante tal período. Más adelante expresa la documental de que me vengo ocupando: 'Con el presente pago que recibo a entera satisfacción declaro a la Empresa a paz y salvo por todo concepto salarios, tiempo extra y prestaciones sociales'. Tiene fecha este documento 2 de septiembre de 1969, o sea como se ha dicho expirado el contrato que lo vinculó a la demandada. Si se tiene en cuenta la reserva del derecho para reclamar posteriormente que hizo el Sr. Rodríguez Pérez, según ya se expresó, el paz y salvo, respecto a salarios causados y no cancelados, no puede deducirse en sana lógica, frente a lo cual es inaceptable a simple vista la conclusión de conformidad del trabajador, según el fallo impugnado cuando se refiere a los salarios caídos. '....la entidad demandada procedió de buena fe con respecto al pago y liquidación de las prestaciones sociales correspondientes al trabajador demandante (fls. 22, 23, 27 y 28), razón por la cual esta Corporación considera que no es del caso darle aplicación a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo'. Se demuestra pues que no hay fundamento alguno, hecho probado en el expediente, que exculpe a la demandada a pagar los salarios insolutos en cuestión. Que la buena fe deducida por el sentenciador en cabeza de DISTRAL S. A., es totalmente insostenible, pues como lo expresó los conceptos de vacaciones, prima de servicio y cesantía, no fueron objeto de la acción impetrada, ni se discutieron en el debate probatorio, ni aún existiendo paz y salvo sin reserva. El reclamo que hizo el demandante, o mejor la reserva que expresó al dar el paz y salvo sin perjuicio de otros derechos para hacerlos valer con posterioridad. En estas condiciones no hay fundamento alguno para estructurar la buena fe patronal como equivocadamente y contra la evidencia de los hechos concluyó la sentencia acusada. El anterior no es criterio de nuestro máximo Tribunal de Justicia, sino el siguiente: 'Al trabajador corresponde solamente demostrar que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es esta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoya, donde habrá de decidirse en cada caso por el juez si aquella falta de pago oportuno es imputable o no a mala fe del patrono, y si, de consiguiente, debe o no responder por los salarios constitutivos de la sanción moratoria'. (Sentencia 21 de marzo de 1956. 'D. del T., vol. XXIII Nums. 135-138 página 231). La anterior jurisprudencia la trae el doctor Ortega Torres en el 'CODIGO DEL TRABAJO', octava edición. Editorial Temis. Bogotá, 1972, a la página 156. Pregunto: Existe en el proceso alguna prueba llevada por la defensa o establecida legalmente, en otra forma, que demuestre que aquella falta de pago de los salarios insolutos, en referencia, es excusable, o explica, así fuera en parte, la renuencia a su pago?. En realidad no existe elemento de juicio sobre el particular, sabido es como se dejó demostrado que la demandada se limitó a negar que el señor Rodríguez Pérez hubiera trabajado en ese período y que por tal motivo no había razón para pagarle tales salarios. Tal afirmación no tiene asidero procesal y debía a la luz de la jurisprudencia, entre una de las cuales me he permitido transcribir, llevar elementos de juicio para apoyar y demostrar la buena fe. Y si tal afirmación no pasó de ser un dicho a expresión, huérfana de toda prueba, no puede pues en esa forma, constituir una duda justificada para el no pago del concepto salarial y predicar de ello la buena fe de la empresa demandada. Esto peca contra la evidencia del expediente, es un error protuberante en que, incurrió el sentenciador y que la H. Corporación a la cual me dirijo debe proceder a enmendar en aras en primer término del imperio de la ley y de los principios de justicia. En efecto el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la obligación patronal de pagar los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, salvo los casos de retención por mandato legal o por pacto o convención de la parte. Si

no efectúa el pago debe cancelar al asalariado, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Para terminar me permito citar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la trae Ortega Torres en la obra citada, a la página 162 y que a la letra dice: 'Cuando el contrato de trabajo no se discute por ser evidente, o cuando se controvierte sin razones valederas y sin embargo al trabajador no se le pagan sus acreencias en el momento de terminar el mismo, hay una renuencia injustificada en el patrono que se identifica con su mala fe, caso en el cual debe ser aplicada la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo'. (Sentencia 25 de agosto de 1954. 'D. del T. vl. XX, Nos. 118-120 pág. 195)".

Para el opositor el casacionista pretende involucrar en el mismo cargo dos conceptos diferentes e incompatibles, como lo son la violación directa por falta de aplicación de la norma y la violación indirecta, lo cual constituye a su juicio grave falta técnica; dice que además no singularizó en forma expresa y clara el error o errores en que incurrió el ad quem en la sentencia objeto del recurso. Cuanto al fondo de la acusación argumenta que el Tribunal no incurrió en evidente error de hecho y que lo que el recurrente pretende es que se aplique automáticamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en contra de la jurisprudencia de la Corte.

Se considera

En relación con la censura de carácter técnico hecha por el opositor, no encuentra la Sala ningún error de esta naturaleza en la formulación del cargo, pues se acusa la violación del artículo 65 por aplicación indebida a través de errores de hecho, lo que se ajusta al rigorismo de la técnica, porque la violación indirecta, según la jurisprudencia, se presenta en casación laboral por el dicho concepto de aplicación indebida.

Cuanto al fondo de la acusación, se observa que la circunstancia de haberse pedido en la demanda la condena por indemnización con base en el no pago de salarios, no desvirtúa la buena fe que halló el Tribunal en la actitud del patrono demandado al pagar oportunamente las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo. Son dos hechos, la cancelación oportuna de las prestaciones sociales y el no pago de salarios, que podrían indicar el uno la buena fe y el otro la carencia de la misma, por lo cual no incurre el Tribunal en evidente error de hecho si se atuvo a lo que se deduce de uno de ellos.

El certificado de folio dos, prueba la iniciación del contrato de trabajo y su terminación. Pero no puede tomarse como una confesión expresa y clara de que el demandante José Alejandro Rodríguez Pérez trabajó todos los días comprendidos entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969, concretamente en el período del 10 al 26 de febrero de 1969, ni que se le adeudaron los correspondientes salarios. De ahí que no surgía notoriamente una temeridad por parte del patrono al no pagar los salarios por el período reclamado, pues no reconoció expresamente en el citado documento que lo hubiese trabajado.

Ni se infiere la temeridad o carencia de buena fe del patrono demandado del reconocimiento que hizo el Jefe de Personal de unos documentos, porque tal diligencia no hace sino dar autenticidad a los mismos, pero no les agrega ningún hecho nuevo.

Cuanto a las pruebas que el recurrente considera fueron erróneamente apreciadas, encuentra la Sala lo siguiente:

El documento de folio 27 es un recibo de la Prima Semestral correspondiente al período comprendido entre el 1º de enero al 30 de junio de 1969. Es claro que dicho recibo acredita el pago de la prima y el paz y salvo debe entenderse por el concepto referido. Pero el pago oportuno de la prestación es indicativo de buena fe, que no se desvirtúa por el no pago de los salarios comprendidos entre el 10 y el 26 de febrero del mismo año, pues la circunstancia de que la prima correspondiera al Primer Semestre de 1969 no significa que el patrono aceptara manifiestamente el trabajo en esos días, ni que adeudara los salarios respectivos. Por otra parte el recurrente olvida que la petición sobre salarios insolutos no se originó en el hecho de haber prestado sus servicios el demandante en el lapso que corrió del 10 al 26

de febrero de 1969, sino en que no habiendo trabajado esos días tenía derecho a la respectiva remuneración por haberse ocasionado la no prestación de servicios por culpa o disposición del patrono, situación esta última discutida en el proceso.

El documento de folio 28 acredita el pago de la prima proporcional correspondiente al tiempo de servicios prestado entre el 2 de septiembre y el 30 de diciembre de 1968. No apreció el Tribunal erróneamente esta prueba si con base en ella dedujo buena fe del patrono, aún cuando no fuese un concepto demandado, porque el pago oportuno de las prestaciones es indicativo de la misma.

A folio 22 obra un recibo por la suma de $ 1.196.65 correspondiente a las vacaciones del demandante causadas entre el 2 de septiembre de 1968 a 30 de agosto de 1969. Aún cuando la compensación de vacaciones se hizo por un período ininterrumpido, eso no quiere decir que el patrono demandado reconociera en el documento analizado que adeudaba los salarios del 10 al 26 de febrero de 1969, ni indica carencia de buena fe el que hubiera incluido dicho lapso para efectos de la liquidación, pues si consideraba que el contrato estaba suspendido, bien podía deducir el tiempo de la suspensión o incluirlo, como lo hizo para la prima de servicios y las vacaciones. Por otra parte la reserva hecha por el trabajador de reclamar posteriormente no enerva los efectos del pago, y debe entenderse en relación con el concepto cancelado, y no con salarios pendientes, cuya reclamación solo hizo conocer el trabajador a su patrono mediante la demanda con que se inició el juicio. Por lo demás la cancelación oportuna de lo adeudado por vacaciones es indicativa de la buena fe patronal.

En relación con el documento de folio 23 caben similares consideraciones. El haber liquidado el auxilio de cesantía por 59 días correspondientes al período comprendido entre el 2 de septiembre de 1968 y el 30 de agosto de 1969 no supone que el patrono admitiera la deuda por salarios insolutos del 10 al 26 de febrero de 1969. Por lo tanto, al faltar dicha aceptación no es dable deducir carencia de buena fe en la sociedad demandada si a la terminación del contrato no canceló los salarios correspondientes a dicho período. Cuanto a la reserva que hizo el demandante al firmar el recibo para hacer una reclamación posterior, debe entenderse ligada a la prestación que se pagaba y no a otros conceptos.

De todo lo anterior se concluye que habiendo el patrono demandado cancelado oportunamente las prestaciones sociales que a la terminación del contrato adeudaba a Rodríguez Pérez, no incurrió en manifiesto error de hecho el ad quem si con base en los documentos que acreditan los pagos dedujo buena fe en Distral S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica, aún cuando no se reclamaran en el juicio los conceptos solucionados. Y esta buena fe no se desvirtúa por el no pago de una remuneración correspondiente a algunos días en que el demandante no trabajó, pues fue motivo de discusión si la no prestación de esos servicios tuvo como motivo la culpa del patrono o la desidia del trabajador. Si los falladores de instancia con fundamento en documentos emanados de terceros encontró cierta la primera posibilidad, tampoco surge en forma manifiesta la carencia de buena fe ni la aplicación automática de la sanción contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto existieron motivos razonables en el patrono para no reconocer el derecho reclamado. Así no hay constancia de que el trabajador hubiese presentado a la sociedad demandada los documentos en los cuales se apoyaron los falladores de instancia, para establecer la obligación de pagar los salarios del 10 al 26 de febrero de 1969, ni que hubiese reclamado en su oportunidad el pago de los mismos lo que hizo después de dos años y medio de haberse causado el pretendido derecho, mediante la demanda con que se inició el juicio.

No habiendo incurrido el Tribunal Superior en los errores de hecho que le atribuye el recurrente, 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 seis por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por José Alejandro Rodríguez Pérez contra Distral S. A., Industrias de Ingeniería Mecánica.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SUSTITUCION PATRONAL

UNIDAD EMPRESARIAL

FALTA DE TECNICA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Charria Angulo).

(Referencia: Expediente Nº 5660).

(Acta Nº 26).

Mediante escrito que correspondió al **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, Marco Tulio Granados Taborda,** mayor de edad y de esa vecindad, demandó, por intermedio de apoderado, a las Sociedades denominadas **Hacienda Zanzíbar Ltda.** y **Carbones San Fernando S. A.,** para que, en forma separada, conjunta o solidaria, fuesen condenadas a pagarle una pensión plena de jubilación, o, en subsidio, la pensión restringida de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961; las mesadas pensionales que le adeudan; 14 pares de zapatos y 14 vestidos de buena calidad; indemnización por mora y las costas del proceso.

Afirmó en el libelo que había prestado servicios en la hacienda Zanzíbar desde el 10 de marzo de 1942 hasta el 10 de septiembre de 1973, en diversos oficios. En la fecha de su desvinculación devengaba un salario de $ 115.00 semanales. Es mayor de 60 años de edad y sirvió el tiempo necesario para disfrutar de la pensión plena. Se le quedaron debiendo 14 pares de zapatos y 14 vestidos.

La demanda fue contestada por Carbones San Fernando S. A., quien se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos que les sirven de fundamento, y proponiendo las excepciones de falta de causa o razón para pedir, inexistencia de la supuesta solidaridad con la Hacienda Zanzíbar Ltda., ilegitimidad de personería de la parte demandada, falta de los requisitos legales para la jubilación, ausencia de relación laboral entre la empresa y el actor, carencia de acción, inexistencia de la obligación y prescripción.

Igualmente hubo respuesta por parte de Hacienda Zanzíbar Ltda., en términos similares a la anterior, con la anotación de que ella sólo fue patrono del actor durante parte del tiempo afirmado en la demanda.

El Juzgado del conocimiento desató la controversia mediante fallo dictado el 28 de noviembre de 1975, condenando a Carbones San Fernando S. A. a pagar a Granados Taborda una pensión mensual de jubilación de $ 420.00 desde el 10 de marzo de 1969 hasta el 31 de marzo de 1971; de $ 519.00 desde el 1º de abril de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1972; de $ 584.00 desde el 1º de enero de 1973 hasta el 31 de diciembre del mismo año; de $ 810.00 desde el 1º de Enero de 1974 hasta el 31 de diciembre del mismo año; de $1.080.00 desde el 1º de enero de 1975 en adelante; y la suma de $ 35.074.50 por concepto de mesadas pensionales correspondientes al lapso comprendido entre el 16 de noviembre de 1971 y el 16 de noviembre de 1975; declaró prescritas las mesadas anteriores a la fecha primeramente indicada y no probadas las excepciones propuestas por Carbones San Fernando S. A., a quien impuso el 80% de las costas y la absolvió de los restantes cargos. Así mismo, absolvió totalmente a la Hacienda Zanzíbar Ltda., de todas las peticiones de la demanda.

De esa decisión apelaron los apoderados de ambas partes, habiendo sido confirmada por el Tribunal Superior de Medellín por medio del fallo que es materia del recurso extraordinario.

La impugnación

Aspira el recurrente a que la sentencia acusada sea casada totalmente, para que la Corte absuelva a la sociedad Carbones San Fernando S.A., de todas las súplicas del libelo inicial y condene en costas al demandante.

Para tal efecto, con invocación de la causal primera de casación, formula tres cargos que a continuación se estudian:

Primer cargo

Se acusa la sentencia por "violación directa por interpretación errónea del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 que condujo al Tribunal a violar los artículos 67, 69 y 260 del C. S. del T.".

La errónea interpretación la hace consistir el censor en la circunstancia de haber afirmado el Tribunal que cuando se declara la unidad de empresa entre dos sociedades, según el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, ambas deben responder por la pensión jubilatoria del trabajador.

En el desarrollo de la acusación se indica, además, que el sentenciador aceptó la existencia de una responsabilidad individualizada en cabeza de una de las dos sociedades demandadas, con base en el monto de su capital, sin consideración a que esa empresa sea el patrono del trabajador o no.

Para el recurrente hubo confusión entre dos instituciones jurídicas, la unidad de empresa y la sustitución de patronos, pues la aplicación de las normas que regulan esta última le habría indicado cuál de las dos demandadas debía pagar la pensión jubilatoria, que no podía deducir del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, todo lo cual condujo consecuencialmente a quebrantar el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Segundo cargo

Se fundamenta la impugnación en la "infracción directa de los artículos 67 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo que condujo a la violación de los artículos 260 del mismo y 15 del Decreto 2351 de 1965".

Sostiene el censor que el sentenciador se colocó en rebeldía contra el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, porque en el sub lite lo que existe no es unidad de empresa entre las demandadas sino unidad de una empresa; identidad del establecimiento que se mantiene a pesar de haber dependido de varias personas distintas, a lo largo de los años, lo cual, en su sentir, estructura el fenómeno de sustitución patronal, mas no la unidad que predica la sentencia.

Sobre tal supuesto, estima el casacionista que el Tribunal debió dar aplicación a las reglas del artículo 69 ibídem sobre responsabilidad del antiguo y el nuevo patrono, evento en el cual la condena al pago de la pensión de jubilación no podía fulminarse contra Carbones San Fernando S. A., porque a la fecha de la sustitución no había obligaciones jubilatorias exigibles, que sólo surgieron con posterioridad a tal momento.

Al obtener conclusiones equivocadas del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, considera la censura que fue quebrantado el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en la imposición de condenas por pensión de jubilación a quien no tenía el carácter de patrono actual del demandante en el momento en que aquella obligación se hizo exigible.

Tercer cargo

Se controvierte la sentecia de segunda instancia por "violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 15 del Decreto 2351 de 1965 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 51, 52 y 42 y 60 del Código de Procedimiento Laboral y 269 del Código de Procedimiento Civil, a causa de errores evidentes de hecho, provenientes de falta de apreciación de algunas pruebas y de apreciación errónea de otras".

"Los errores de hecho consisten en dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante es o fue trabajador de la sociedad Carbones San Fernando S. A., en circunstancias que obligan a dicha sociedad a res-

ponder por su pensión de jubilación; y en dar por demostrado, sin estarlo, que existe unidad de empresa entre ambas sociedades.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) Documentos de folios 68 a 100; b) Inspección Judicial de folios 61 y 101.

"Las pruebas dejadas de apreciar son: Documentos de folios 108, 109 y 110.

Observa el censor —para sustentar su ataque contra la sentencia— que la vinculación laboral del actor con Carbones San Fernando S. A., la estableció el **ad quem** con los documentos de folios 68 a 100, los cuales en su sentir carecen de valor probatorio por no haber sido pedidos y decretados como pruebas en la oportunidad procesal correspondiente, y por no estar firmados ni manuscritos por dicha sociedad demandada, conforme al artículo 269 del Código de Procedimiento Civil.

Señala igualmente como mal epreciada la diligencia de inspección ocular, en cuanto allí no aparece que el señor Marco Tulio Granados hubiera recibido pagos de salarios y prestaciones sociales por parte de Carbones San Fernando S. A., sino únicamente de Hacienda Zanzíbar Ltda., y de los antecesores de ésta en la explotación agrícola de la hacienda del mismo nombre señores José Betancourt y Alfonso Montoya. Agrega que lo único demostrado es que la primera efectuaba los pagos antes referidos por cuenta de la segunda, sin que exista razón para suponer que la recurrente hubiera tenido al demandante como trabajador suyo.

Indica el censor que los documentos de folios 108, 109 y 110 no fueron apreciados por el Tribunal y ellos prueban que durante los años 1971, 1972 y 1973 el actor laboró para Hacienda Zanzíbar Ltda., y en ningún caso para Carbones San Fernando S. A. Critica el fallo del **ad quem** por haber desechado los testimonios de Pedro Taborda, Uldarico Cortés, Jesús Antonio Usma y Jorge Enrique Arias, con apoyo en lo preceptuado en los artículos 227 y 228 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código de Procedimiento Laboral, siendo así que ellos contribuían a demostrar que el actor nunca fue trabajador de Carbones San Fernando S. A.

Remata la argumentación de la censura con la siguiente conclusión:

"Si el Tribunal hubiera hecho la valoración correcta de las pruebas mencionadas en este cargo, hubiera concluido que no hay prueba en el expediente de que Carbones San Fernando S. A., hubiera sido patrono alguna vez de Marco Tulio Granados. Faltando esta prueba, el Tribunal tampoco hubiera podido concluir en la existencia de unidad de empresa entre ambas sociedades, ni hubiera podido condenar a la mencionada sociedad a pagar pensión de jubilación".

El opositor replica la demanda señalando que el **petitum** de la misma está incompleto, al no indicar qué se debe hacer con la sentencia de primera instancia, en caso de producirse el quebranto del fallo del Tribunal. Solicita además la desestimación de los dos primeros cargos, por entender que el asunto debatido no es susceptible de ser impugnado por la vía directa, en las modalidades de violación que en ellos se plantean. Y en cuanto al tercero, observa que el censor no atacó todos los soportes de la decisión de instancia, a más de formular medios nuevos que no permite la preceptiva del recurso extraordinario.

Consideraciones de la Sala

Asiste razón al opositor al señalar los defectos que presenta el alcance de la impugnación, pues en verdad el recurrente omite indicar su aspiración respecto a lo que debe hacer la Corte frente al fallo del a quo, en el evento de producirse el quebranto de la sentencia acusada, a lo cual cabe agregar que se solicita la casación total de éste, siendo así que la resolución del Tribunal contiene decisiones favorables a la sociedad recurrente. Sin embargo, puede entenderse que el deseo del censor es obtener la revocatoria de las condenas que el Juez de primer grado impuso a Carbones San Fernando S. A.

Al estudiar el primer cargo se echa de menos el señalamiento del concepto por el cual pudieron ser violados los artículos

67, 69 y 260 del estatuto sustantivo laboral, limitándose el censor a atribuir a la Sala falladora, errónea interpretación del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

Pero ocurre —además— que el sentenciador no hace exégesis de la mencionada norma, ni en parte alguna de su decisión pretende fijar el alcance hermenéutico que de ella pudiera derivarse.

El Tribunal, con apoyo en doctrina de esta Corporación del 6 de febrero de 1970, considera que ha quedado demostrada la unidad de empresa entre las demandadas, por haber prestado el actor sus servicios personales en beneficio de una misma unidad de explotación económica.

Se observa entonces cómo resulta ineficaz el ataque contenido en el cargo que se estudia, pues, de una parte, la sentencia acusada se concreta a aceptar la unidad empresarial en el tiempo, cualquiera que hayan sido sus propietarios, en cuanto no varían los objetivos de su actividad económica, modalidad admitida por esta Sala en varias decisiones, entre ellas la que menciona el ad quem. Y de otro lado, sin entrar a interpretar la naturaleza de la responsabilidad laboral que respecto de las dos sociedades demandadas pudiera inferirse del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, considera que el pago de la pensión corresponde a Carbones San Fernando S. A., y no a Hacienda Zanzíbar Ltda., por haber acreditado esta última un patrimonio inferior, conforme al artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y si lo que pretende el censor es desvirtuar el carácter de patrono que tuvo la sociedad recurrente respecto del demandante Granados Taborda, o que los presupuestos legales de la unidad de empresa no fueron acreditados, el cargo no resulta adecuadamente planteado por la vía directa, pues ésta supone la conformidad del impugnador con los soportes fácticos del fallo cuyo examen se solicita en este recurso extraordinario.

Como lo admite el propio recurrente, la unidad de empresa la hizo derivar el sentenciador de la identidad del establecimiento durante todo el tiempo en que el trabajador laboró en la Hacienda Zanzíbar, sin que para ello hubiera equivocado el alcance que en reiteradas decisiones ha fijado la Corte respecto del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

Y si en opinión del censor, el asunto debatido debió ser resuelto con apoyo en las normas de la sustitución patronal (artículos 67 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo), tanto éstas como la citada en el párrafo anterior habrían podido ser infringidas, pero bajo una modalidad diferente a la de la errónea interpretación.

La sentencia de esta Corporación que menciona la censura, de fecha 17 de febrero de 1975, se refiere a un caso diferente al que aquí se analiza, pues en ella lo que se dijo es que el fenómeno de la unidad de empresa sólo aprovecha al trabajador que esté prestando servicios cuando aquélla exista, no antes ni después, y que tal institución no genera, por sí sola, derechos laborales tales como prestaciones o indemnizaciones, sino que el tiempo se entiende laborado para la misma empresa, como lo exigen las normas sustantivas en que se utiliza aquella expresión. No aparece en esa doctrina planteamiento alguno que desvirtúe la unidad cuando, como ahora ocurre, el sentenciador encuentra servicios prestados a una misma entidad de explotación económica, durante todo el tiempo en que se ejecutó la relación contractual laboral.

En consecuencia, el cargo no puede prosperar.

La segunda censura contiene el mismo defecto técnico que se anotó a propósito de la anterior, pues conforme a la reglamentación de este recurso no es suficiente con indicar que el Tribunal violó los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 del Decreto 2351 de 1965, siendo deber del recurrente precisar el concepto a través del cual se pudo haber producido el quebranto de la Ley sustancial.

Pero como en la sustentación del cargo se argumenta que en el sub judice lo que existe no es la unidad de empresa sino una sustitución patronal, puede interpretarse que el error jurídico atribuido a la sentencia es el de haber aplicado en forma indebida las mencionadas disposiciones, como consecuencia de la infracción directa de las contenidas en los artículos 67 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo.

El censor apoya la acusación en el siguiente razonamiento:

"El Tribunal se colocó en rebeldía contra el artículo 67 Código Sustantivo del Trabajo, porque lo que realmente existe no es unidad de empresa ENTRE LAS DEMANDADAS sino unidad de UNA EMPRESA; identidad del establecimiento, que se mantiene a pesar de que ha dependido económicamente de varias personas distintas, a lo largo de años. El fenómeno existente es la sustitución de patronos a que se refiere el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, norma cuya existencia el Tribunal ignoró".

Fácilmente se observa cómo la impugnación se limita a afirmar que la situación fáctica ha debido ser regulada por las reglas de la sustitución patronal, pero sin demostrar su aserto. Dada la naturaleza de este recurso extraordinario, el censor estaba en la obligación de indicar los motivos por los cuales, en su sentir, se estructuraba el fenómeno legal anotado.

Al estudiar el primer cargo se explicó cómo la Ley considera una sola empresa, toda unidad de explotación económica, aun cuando ésta haya pertenecido a diversos propietarios, bajo la primera de las modalidades contempladas en el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, cuestión que es soporte fundamental de la sentencia acusada y que el recurrente no desvirtúa en parte alguna.

Los efectos de la sustitución patronal contenidos en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya aplicación reclama el recurrente, sólo podrían haber sido tenidos en cuenta por el ad quem en el evento de que el cambio patronal le hubiera sido demostrado. Pero como encontró probada la unidad empresarial, mas no la referida sustitución, y en este aspecto radica la inconformidad del recurrente, hay desacuerdo de éste con el sentenciador en la cuestión de hecho, lo cual hace ineficaz la censura planteada por la vía directa.

El Tribunal no desconoció la voluntad abstracta de la ley ni se colocó en rebeldía contra las normas que reglamentan la sustitución patronal en el Código Sustantivo del Trabajo. Sólo que, al analizar los hechos aducidos por las partes y las pruebas aportadas al expediente, encontró demostrado que el señor Granados Taborda ".... siempre ha estado prestando sus servicios personales en beneficio de una misma empresa y por consiguiente a una misma unidad de explotación económica", y bajo tal supuesto subsumió la situación fáctica dentro del régimen del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

De lo anterior se concluye que si en algún error pudo haber incurrido el juzgador de segunda instancia al aplicar en forma indebida la norma legal citada, en la forma como se lo atribuye el recurrente, no resulta adecuado el medio de impugnación escogido por aquél en el planteamiento de la censura.

En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

El tercer cargo formula dos errores de hecho, relativos, como atrás se dijo, a la existencia de la relación laboral del actor con la sociedad recurrente, y a la unidad de empresa que encontró probada el sentenciador.

Respecto a los comprobantes visibles a folios 68 a 100, el censor pretende negarles su carácter de medios probatorios por no haber sido pedidos ni decretados como prueba, ni estar firmados por Carbones San Fernando S. A. Sobre el particular es pertinente observar, en primer término, que habiendo sido aportados por la demandante en el curso de la diligencia de inspección judicial (fls. 63 y 64), ni en ese momento ni en oportunidad posterior fueron objetados por la parte demandada, conforme lo preceptúan los artículos 252, 289 y 275 del Código de Procedimiento Civil, resultando improcedente hacerlo a propósito del recurso de casación, cuya finalidad no es la de corregir situaciones procesales que quedaron definidas en las instancias.

Además, si el recurrente estima que los mencionados recibos carecen de autenticidad, como lo sostiene en la demostración del cargo, debe recordarse que el error de hecho en la casación laboral está restringido a la falta de apreciación o apreciación errónea de documentos auténticos, conforme a la limitación introducida por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

De otra parte, la demandada no desconoció los pagos a que aluden los referidos recibos sino que, admitiendo como cierto que aquéllos se hicieron, observó que su

imputación contable correspondía a otras sociedades, conforme a las manifestaciones que en tal sentido aparecen en la diligencia de inspección judicial por parte del contador señor Fredy Posada Bustamante.

La mencionada prueba establece que los pagos a los trabajadores de la Hacienda Zanzíbar se efectuaban a través de Carbones San Fernando S. A., por tener esta empresa cuenta bancaria en la localidad de Amagá, tanto los que correspondían a los trabajadores de aquélla como a los de Hacienda Zanzíbar Ltda., y otras compañías que allí se mencionan, efectuando luego los respectivos asientos en la contabilidad correspondientes a cada una de ellas. Pero ello no conduce a desvirtuar que el demandante hubiera recibido los suyos como trabajador de la sociedad recurrente, como lo sostiene el Tribunal.

Las liquidaciones de prestaciones sociales de folios 108, 109 y 110 acreditan que durante los períodos allí mencionados el señor Granados Taborda estuvo vinculado laboralmente con Hacienda Zanzíbar Ltda., pero no se observa cómo el sentenciador pudo incurrir en error de hecho, y menos con el carácter de ostensible, al dejarlas de apreciar, pues tales documentales no excluyen que el demandante hubiera podido ser simultáneamente trabajador de Carbones San Fernando S. A., relación contractual laboral que, además, el Tribunal dio por demostrada con otros medios probatorios.

Al efecto, la sentencia que se revisa tuvo en cuenta las declaraciones de los señores Jaime Gallego Cano, Rodolfo Ibarra Benítez, José J. Monsalve Quintero y Bernardo Hernández Gómez para establecer no sólo la existencia del contrato de trabajo sino también la unidad de empresa entre las demandadas, testimonios que el censor no controvierte y que resultan suficientes para mantener la deción del ad quem.

A más de lo anterior, conviene indicar que la Sala falladora respalda la unidad empresarial, no sólo en las probanzas ya analizadas, sino también en los estatutos sociales y certificados sobre existencia y representación legal de las demandas, de los cuales dedujo la identidad de socios, de representante legales y de objetos sociales en la explotación de la Hacienda Zanzíbar, elementos de juicio que el recurrente no censura, y que, por ende, se mantienen como soportes de la decisión de segundo grado.

La errónea estimación de los testimonios de Pedro Taborda, Uldarico Cortés, Jesús Antonio Usma y Jorge Enrique Arias, sólo podría estudiarse, previa demostración del desconocimiento o equivocado entendimiento de pruebas calificadas bajo la preceptiva del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, como lo tiene admitido la jurisprudencia de esta Corporación, cuestión que no ocurre en el presente asunto, por haber sido desechadas las acusaciones contra las restantes pruebas impugnadas por el censor.

Por los motivos expuestos, este cargo tampoco 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 materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cinco de junio de mil novecientos setenta y seis en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Marco Tulio Granados Taborda contra Hacienda Zanzíbar Ltda., y Carbones San Fernando S. A.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Pedro Charria Angulo, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

El ordinal h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 prevé la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral de una de las partes. Esta decisión puede fundamentarse en una de las justas causas establecidas en el artículo 7º del mismo Decreto, o no basarse en ninguna de ellas, sea porque deliberadamente se omite manifestarla o se invoca incorrectamente, o notificada oportunamente no se demuestra en el proceso. Cuando el despido se hace con justa causa el contrato termina y el patrono no está obligado a indemnizar al trabajador.

Cuando no existe justa causa también termina el contrato, pero quien toma la decisión unilateral debe indemnizar a la otra parte en los términos señalados en la ley.

Las justas causas a que se refiere la letra h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 son, indudablemente, las previstas en el artículo 7º, porque en forma expresa lo dice la norma. Si la parte que termina unilateralmente el contrato no las invoca, éste termina, pero no por justa causa

Alcance del Inciso 5º del Artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. (Reintegro del trabajador cuando éste hubiera cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa).

La norma citada otorga al Juez la facultad de ordenar el reintegro del trabajador con más de diez (10) años de servicios, lo que hará siempre y cuando no haya surgido incompatibilidades entre patrono y trabajador, por el despido, conclusión a la cual debe llegar tomando en cuenta y estimando las circunstancias que aparezcan en el proceso

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 28).

Danilo de J. Pinillos demandó por medio de apoderado judicial a la **Federación Nacional de Cafeteros de Colombia** para que previa la declaración de que fue despedido sin justa causa se la condenara a reintegrarlo al cargo de Director de la Concentración Rural Agrícola de Moniquirá con un salario básico de $2.728.00, más las al-

zas que tuviere dichos puestos por causas legales o convencionales y con los demás emolumentos que constituyen salario, incluyendo la prima móvil de carestía, y al pago de dicho salario y sus incrementos desde el 10 de abril de 1972 hasta cuando sea cabalmente restituido a su cargo así como al de la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes al tiempo que permanezca cesante, declarándose además que no existió interrupción en la prestación de los servicios para todos los efectos legales.

Según los hechos de la demanda Danilo de J. Pinilla ingresó al servicio de la demandada, bajo las órdenes del Comité Departamental de Cafeteros de Bogotá, el 13 de noviembre de 1961, hasta el 14 de marzo de 1972, cuando fue despedido por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia "haciendo uso del artículo 6º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, literal h)", y ofreciéndole pagar las indemnizaciones consecuenciales. El Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros (Sintrafec) denunció parcialmente la Convención Colectiva el 16 de marzo de 1972, habiéndose celebrado una nueva Convención el 19 de julio del mismo año, con aumento de salarios.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia negó los hechos, oponiéndose a las peticiones. Propuso las siguientes excepciones: "PRIMERA. PAGO. Al demandante le fueron pagadas oportunamente todas las prestaciones sociales que se le debían al término del contrato. Para el efecto se anexan los comprobantes respectivos. SEGUNDA. COMPENSACION. Que se compensen las sumas que se han pagado al demandante con las que se les pueda deber. TERCERA. COBRO DE LO NO DEBIDO. Fundo esta excepción en que ninguna suma de dinero se le debe al demandante por concepto legal, convencional o arbitral conforme se demuestra con los comprobantes de pago que se acompañan. CUARTA. CARENCIA DE ACCION O DE DERECHO. 1º Me apoyo para fundar a esta excepción en la afirmación del demandante en el setido de que el actor se afilió a Sintrafec, en la Seccional de Tunja, en el curso del año de 1962, pero que desde el 1º de enero de 1966 ejerció el cargo de Director de la Concentración Rural de Moniquirá, lo cual implica la desafiliación al sindicato a partir de la última fecha citada, por mandato legal. 2º. La Seccional del Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en Tunja no funciona legalmente desde hace mucho tiempo, tal como lo comprobaré con el correspondiente certificado del Ministerio de Trabajo, y con el que expida el señor Presidente de la Junta Directiva Nacional del Sindicato. 3º. Existen incompatibilidades absolutas creadas por el despido del trabajador que no hacen aconsejable su eventual reintegro a la Empresa, como se desprende de las diversas probanzas que se producirán en el proceso. 4º. Al recibir el actor el pago de la indemnización por despido optó por ésta sin que sea dable ahora alegar eventual reintegro, ya que la indemnización excluye el reintegro. QUINTA. PRESCRIPCION. De todas las acciones incoadas por el demandante por el simple transcurso del tiempo, o de cualquiera otra en que pudiera fundarse la pretensión de reintegro".

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el **Once Laboral del Circuito de Bogotá**, dictó sentencia el diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco en la cual dispuso inhibirse para hacer pronunciamiento de fondo. Apeló la parte demandante y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, en providencia de dieciséis de diciembre del mismo año Revocó la apelada y en su lugar ordenó devolver el negocio al Juzgado para que profiriera una decisión de mérito.

Regresados los autos, el Juzgado falló el treinta y uno de marzo en los siguientes términos: "PRIMERO. DECLARASE que el despido efectuado al señor DANILO DE J. PINILLA por la ENTIDAD FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA fue ilegal y sin justa causa, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. Como consecuencia del numeral anterior. CONDENASE a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, representada por el doctor MILCIADES ZULUAGA HERRERA, a REINTEGRAR al señor DANILO DE J. PINILLA, al mismo cargo que

venía desempeñando al momento del despido y en las mismas condiciones de que gozaba el día 9 de abril de 1972, con un salario de $ 2.608.66 Mcte. mensuales, de conformidad con lo dispuesto en la parte resolutiva de esta providencia. TERCERO. CONDENASE a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, representada por el doctor MILCIADES ZULUAGA HERRERA. a pagar al señor DANILO DE J. PINILLA, la suma de DOS MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 2.608.66) Mcte., a partir del día diez (10) del mes de abril de mil novecientos setenta y dos (1972), junto con las alzas y demás beneficios que por causas legales o convencionales, y, con los demás emolumentos que constituyan salario y que se hubieren causado a partir de la fecha antes mencionada, y, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: ORDENASE al señor DANILO DE J. PINILLA, efectuar la devolución de las sumas de dinero recibidas de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, por concepto de Cesantía definitiva e indemnización por terminación unilateral del contrato de Trabajo, conforme a la parte motiva de esta sentencia. QUINTO. DECLARANSE no probadas las excepciones perentorias propuestas por el señor apoderado de la parte demandada y, en especial la de Prescripción con relación al Reintegro, de conformidad a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO. COSTAS. Estas corren a cargo de la parte demandada".

Apeló la demandada. La Sala Laboral del Tribunal Superior, en sentencia de 21 de junio de 1976 confirmó la de primer grado y condenó en las costas de la insancia al apelante.

Recurrió en casación la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y posteriormente 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 Federación que represento aspira con este recurso extraordinario de casación a que esa H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia case en su integridad la sentencia de segunda instancia proferida el 21 de junio de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de que he hecho mérito, para que, en su lugar, y actuando la misma H. Sala como Tribunal de Instancia, revoque en su totalidad la de primer grado proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá en el presente proceso y, en lugar de ésta, absuelva a la Federación de todos los cargos demandados. Y con costas a cargo del demandante en las instancias y en casación".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula tres cargos, las cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Principia el Tribunal estudiando si el demandante fue despedido ilegalmente y sin justa causa. Para ello se basa en el documento de folio 68 sobre terminación unilateral del contrato de trabajo del actor por parte de la entidad demandada. Dicho documento de fl. 68 constituye el Oficio Nº 230 que el 14 de marzo de 1972 le pasó desde Tunja a Moniquirá, el Comité Departamental de Cafeteros de Boyacá al señor Danilo de J. Pinilla, en el que le comunica que en uso del artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 2351 de 1965, literal h), reformatorio del Código de Trabajo, da por terminado unilateralmente el contrato suscrito entre ellos, a partir del 1º de abril de 1972 y le anuncia el pago de la indemnización de que trata el artículo 3º del Laudo Arbitral de junio de 1967, vigente en la Empresa. Y comenta así el fallador esta nota: 'Empero se observa que en la comunicación contenida en el referido documento de folio 68, no se manifestó, no se expresó, no se invocó, la causa o motivo de esa determinación, con lo cual se violó el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que señala a la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo el deber, la obligación, de manifestar a la otra, 'en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación' 'previendo en seguida que posteriormente no pueden alegarse válidamen-

te causales o motivos distintos'. Y agrega: 'Con ello ha querido el legislador que la parte que no termina unilateralmente el contrato sepa con oportunidad y precisión cual o cuales son las causas que originan la finalización para poder organizar su defensa sin expectativas de sorpresas posteriores con causales no invocadas al momento de la extinción del contrato laboral. Tal defensa no puede tener lugar si se ignora el motivo de la terminación contractual. Por eso es obvio que no resulte justo ni legal finalizar unilateralmente el contrato de trabajo con omisión del deber de manifestar, en el momento de la extinción del contrato laboral. Tal defensa no puede tener lugar si se ignora el motivo de la terminación contractual. Por eso es obvio que no resulte justo ni legal finalizar unilateralmente el contrato de trabajo con omisión del deber de manifestar, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación o resolución, puesto que no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y porque, además, viola el precitado Parágrafo único de dicho artículo'. Por lo cual concluyó: 'En consecuencia, habrá de confirmarse lo declarado por el a quo respecto a esta petición'. Es decir, ratificar la declaración del Juez de primer grado que calificó de ilegal e injusto el despido. De nada sirvieron los poderosos argumentos presentados al H. Tribunal por el distinguido apoderado de la Federación, doctor Gonzalo García Gutiérrez, en su memorial de 4 de mayo de 1976 fls. 552 y ss., cuando enumera doce (12) hechos que constituyen otras tantas faltas graves del demandante en el ejercicio de su cargo. El fallador pasó por alto estos claros argumentos y ni siquiera por cortesía se refirió a ellos. La calificación de 'legal e injusto' del despido del actor por parte del Tribunal aparece así no sólo sin base ninguna probatoria, sino en contradicción evidente con los hechos enumerados por el apoderado de la entidad demandada, que justifican en demasía su determinación. Esa clasificación de 'legal e injusto', del despido aparece así hechos a la ligera y en el aire, sin apoyo en pruebas de ninguna naturaleza que la respalden, en hechos que configuran en verdad la 'injusticia' de esa determinación. Y, por el contrario, en oposición a la demostración fehaciente de las numerosas faltas graves que cometió el demandante en el ejercicio de su cargo y que justificaron plenamente su despido. La H. Sala de Casación Laboral de la Corte tiene presente por fortuna que la justicia no es sólo el apego estricto al texto de la ley, sino que hay un fundamento moral en el fondo que debe servir de apoyo a los fallos. Porque se da el caso de que por tratar de aplicar literalmente la ley se incurre en verdadera injusticia. Se premia así a trabajadores que incurren en graves faltas y se castiga a patronos o empresarios que ven con sorpresa cómo resulta de difícil deshacerse de personal que incumple. Por eso que con todo el respeto y comedimiento que siempre me ha inspirado esa H. Sala me atreva confiar en sus tesis de que deba considerarse, al lado de las cuestiones de simple mecánica legal, las de orden moral y de hecho; es decir, que la misión de fallar no es sólo la de aplicar mecánicamente una norma, sino la de impartir en cada caso la justicia. Y una justicia no aérea, sino entre humanos, para seres humanos. Como la nota de despido de fl. 68 invoca claramente el artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 2351 de 1965, literal h), adoptado como norma legal permanente por la ley 48 de 1968 en su artículo 3º .., es lógico concluir que la Federación hizo uso de una atribución legal, se ciñó a una norma vigente, por lo cual mal puede calificarse de 'ilegal' e 'injusta' una determinación que se apoya expresa y claramente en un precepto ninguno por su parte. Y como la ley se entiende justa y reflejo de la justicia, es lógico deducir que quien cumple con la ley cumple con la justicia. Y quien se ciñe a la ley no puede cometer injusticia. Por eso, cuando se invoca esa norma legal del artículo 6º citado, no es necesario alegar causales distintas, porque así queda ceñido el despido a la ley y a la justicia. Para llegar a la conclusión de que el despido del actor fue 'ilegal e injusto', el Tribunal de Bogotá incurrió en error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, consistente en no haber dado por demostrado que el despido del demandante se efectuó de acuerdo con

la ley y, por tanto, con la justicia, error de hecho en que incurrió el fallador por mala apreciación de la nota de despido de fl. 68 del cuaderno principal, de fecha 14 de marzo de 1972, puesto que en ella se invoca claramente por la Federación demandada la norma legal que la autoriza para tomar la determinación que tomó. Es decir, el error de hecho manifiesto consiste en que el Tribunal dio por demostrado, con dicha nota, sin estarlo, que la terminación del contrato de trabajo existente entre las partes fue 'ilegal e injusta', y en haber fallado en consecuencia. De allí que acuse el fallo recurrido por infracción de las siguientes normas legales sustanciales de carácter laboral: a) el artículo 6º del Decreto-Ley Nº 2351 de 1965, literal h), en relación con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 que adoptó dicho Decreto como norma legal permanente, disposición que autoriza la terminación unilateral del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, o sea, el despido cuando la decesión la toma el patrono o empresario, infracción en que incurrió el Tribunal por falta de aplicación de esa norma siendo el caso hacerlo; y b) El Parágrafo del artículo 7º del mismo Decreto-Ley Nº 2361 de 1965, adoptado como norma legal permanente por la Ley 48 de 1968, por aplicación indebida, por cuanto el Tribunal confundió el despido basado en el artículo 6º, citado, con las causas o motivos del despido de que trata ese artículo 7º, por lo cual llegó a la conclusión errada y por tanto violatoria de dichas normas legales, de confundir el 'despido' que se produce por efecto de una norma legal como el artículo 6º, citado, con 'las causas o motivos' de ese despido, cosa diferente y no necesaria para que aquél se produzca, y de que trata el Parágrafo del artículo 7º citado. Es decir, una cosa es el 'despido' o cesación unilateral del contrato de trabajo que efectúe el patrono o empresa, con base en normas legales claras y precisas y que produce pleno efecto legal, jurídico y aún práctico, y otra cosa muy distinta es saber por qué se produjo ese hecho jurídico, es decir, las 'causas o motivos' de dicho despido. Pero si un patrono o empresario efectúa 'un despido', no tiene necesariamente que expresar 'las causas o motivos' de ese despido, para que éste tenga validez jurídica. Distinto es que esas causas o motivos sirvan para calificar el despido, pero no para darle validez jurídica porque no constituyen elementos esenciales de ese despido y no existe norma legal que así lo disponga. En efecto, ninguna disposición de nuestro ordenamiento jurídico dice que para que valga un 'despido' se necesita que se explique. Otra cosa muy distinta es que el artículo 7º en su Parágrafo, citado, hable de la explicación del despido, su motivo o causa, pero no como requisito o elemento esencial para su validez. El Tribunal violó dicha norma porque entendió equivocadamente que era necesario expresar esas 'causas o motivos' para que el 'despido' existiese, lo que no es cierto, ni en la ley ni en la práctica".

El opositor, con fundamento en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, estima que el Tribunal Superior no infringió las normas señaladas por el recurrente.

Se considera

Sobre el despido sin justa causa dijo el Tribunal Superior:

"Es bien sabido que al trabajador le incumbe probar el hecho del despido y al patrono su justificación. En el caso sub judice el documento visible a folio 68 demuestra que la entidad demandada dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que la vinculaba con el actor. Empero se observa que en la comunicación contenida en el referido documento de folio 68, no se manifestó, no se expresó, no se invocó, la causa o motivo de esa determinación, con lo cual se violó el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que señala a la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo el deber, la obligación, de manifestar a la otra, 'en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación', previendo enseguida que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivo distintos. Con ello ha querido el legislador que la parte que no termina unilateralmente el contrato sepa con oportunidad y precisión cual o cuales son las causas que originan la finalización para poder organizar su defensa sin expectativas de sorpresas posteriores con causales no invocadas al momento de la extinción

del contrato laboral. Tal defensa no puede tener lugar si se ignora el motivo de la terminación contractual. Por eso es obvio que no resulte justo ni legal finalizar unilateralmente el contrato de trabajo con omisión del deber de manifestar, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación o resolución, puesto que no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y porque, además, viola el precitado Parágrafo único de dicho artículo. En consecuencia, habrá de confirmarse lo declarado por el a quo respecto a esta petición".

De lo transcrito se concluye que el fallador de segunda instancia estimó que la terminación del contrato de trabajo entre las partes se produjo por despido sin justa causa de hecho por el patrono, pues al tomar éste la decisión de darlo por terminado unilateralmente no invocó ninguna de las justas causas contempladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Por su parte el recurrente estima que habiéndose invocado en la carta de despido, folio 68, el artículo 6º del Decreto Nº 2351 de 1965 literal h) la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se ciñó a la norma vigente que la autorizaba a dar por terminado el contrato de trabajo, por lo cual no puede decirse que dicha determinación fue ilegal e injusta.

Ahora bien: el ordinal h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 prevé la terminación del contrato de trabajo por decisión unilateral de una de las partes. Esta decisión puede fundamentarse en una de las justas causas establecidas en el artículo 7º del mismo Decreto, o no basarse en ninguna de ellas, sea porque deliberadamente se omite manifestarla o se invoca incorrectamente, o notificada oportunamente no se demuestra en el proceso. Cuando el despido se hace con justa causa el contrato termina y el patrono no está obligado a indemnizar al trabajador. Cuando no existe la justa causa también termina el contrato, pero quien tomó la decisión unilateral debe indemnizar a la otra parte en los términos señalados en la ley.

Las justas causas a que se refiere la letra h) del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965 son, indudablemente, las previstas en el artículo 7º, porque en forma expresa lo dice la norma. Si la parte que termina unilateralmente el contrato no las invoca, éste termina, pero no por justa causa. Los falladores de instancia llegaron a la conclusión fáctica de que el patrono demandado no invocó justa causa alguna con base en la carta de despido, documento de folio 68, por lo cual se transcribirá para un mejor entendimiento de la cuestión. Dice así la carta dirigida el 14 de marzo de 1972 a Danilo de J. Pinilla, en lo pertinente:

"La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia-Comité Departamental de Cafeteros de Boyacá, haciendo uso del artículo 6º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, literal h), reformatorio del Código Sustantivo del Trabajo da por terminado unilateralmente el contrato de trabajo suscrito entre usted y este Comité, a partir del 1º de abril de 1972, para lo cual le paga por concepto de indemnización, de acuerdo con el artículo 3º del Laudo Arbitral de junio de 1967, vigente en la Empresa, una suma en dinero equivalente al valor de los salarios correspondientes a 346 días, por 10 años, 4 meses y 18 días, de servicios prestados a la Entidad desde el 13 de noviembre de 1961, hasta el 31 de marzo de 1972".

Se observa en forma clara que la Federación Nacional de Cafeteros no invocó para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo con Danilo de J. Pinilla ninguna de las justas causas señaladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, por lo cual no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal Superior al dar por demostrado que el despido fue ilegal e injusto. Lo primero porque la ruptura del vínculo laboral por decisión unilateral sin justa causa, aún cuando prevista en la ley como modo de terminación del contrato es un incumplimiento del mismo por violar las normas que establecen que los contratos obligan a las partes y deben ejecutarse de buena fe y por contrariar esos preceptos, la ley sanciona con el pago de una indemnización a quien lo rompe sin que exista justa causa legal para ello. Y es injusto, porque al no invocar ninguna de esas justas causas, no puede alegarlas con posterioridad, como expresamente lo con-

sagra el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es decir que la propia ley no admite justificación alguna en esos casos. Por lo demás, es el propio patrono quien reconoce que la terminación del contrato en el caso en estudio se produjo sin justa causa, cuando en el documento que se analiza dice el trabajador que le pagará por concepto de indemnización una suma de dinero equivalente a 346 días de salario, según lo dispuesto en el artículo 3º del Laudo de junio de 1967. El documento de folio 68, como se ha visto, fue apreciado correctamente.

Dice el recurrente que una cosa es el despido o cesación unilateral del contrato de trabajo que efectúa el patrono con base en normas legales y que produce pleno efecto legal, jurídico y aún práctico, y otra saber por qué produjo ese hecho jurídico o sean las causas o motivos de dicho despido. Esta diferencia es cierta; el despido, cualquiera que hayan sido las causas o motivos produce la terminación del contrato por ministerio de la ley, salvo excepciones contempladas en la misma. Pero es importante determinar si el trabajador fue despedido con o sin justa causa, pues en el primer evento termina el contrato sin que el patrono esté obligado a indemnizar a la otra parte y en el segundo, además de la terminación del vínculo, se producen otras consecuencias, como la de indemnizar al trabajador a pagarle una pensión de jubilación según el tiempo de servicios o reintegrarlo si se cumplen las condiciones previstas en la ley. Y si no se invocan las justas causas, como ya se dijo, la terminación del contrato se produce sin justa causa como lo ha sostenido la jurisprudencia con fundamento en el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que por lo tanto no fue violado por el fallador de segunda instancia.

No habiendo el Tribunal Superior incurrido en los errores de hecho que le atribuye el casacionista, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"En relación con el tema del Primer Cargo, sobre la calificación que hizo el Tribunal de 'ilegal e injusto' del despido del actor por parte de la entidad demandada, existen no sólo las razones expuestas en esa acusación sino otras muy fuertes también que paso a exponer en este Segundo cargo. El Tribunal, al analizar el 'despido' expresa que la Federación 'no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965', lo cual es realmente inexacto, como paso a demostrarlo. Es decir, el fallador de segunda instancia no vio o no quiso ver las 'justas causas' del despido probadas fehacientemente en el proceso. No mencionó siquiera el verdadero arsenal de pruebas sobre la conducta incorrecta del demandante Pinilla, que figuran en el proceso. Más aún, no se refirió siquiera a una sola de esas numerosas pruebas. Por eso resulta violando diversas normas legales sustanciales de carácter laboral, como se verá en seguida. Que hubo 'justas causas' para despedir al demandante Pinilla por la Federación lo pregona el propio expediente a través de numerosas pruebas documentales y testimoniales. Así lo demostró en forma clara y terminante al Tribunal el apoderado de la entidad demandada, doctor Gonzalo García Gutiérrez, en su memorial de fecha 4 de mayo de 1976 (fls. 552 y ss.) que no vio, no consideró, ni mencionó siquiera el fallador en su extraña manera de impartir justicia. En dicho memorial, el apoderado de la Federación hace una enumeración separada de DOCE FALTAS GRAVES cometidas por el demandante Pinilla en el ejercicio de su cargo al servicio de la entidad demandada. Y el Tribunal guardó extraño silencio, pues no mencionó no sólo el memorial sino una siquiera de dichas CAUSAS GRAVES. En efecto, dijo así el señor apoderado de la Federación en su expresado memorial de segunda instancia: 'Se desconoce en el fallo (de primera instancia) la existencia de la justa causal para despedir al actor, sin que se analicen detenidamente el cúmulo de testimonios y documentos aportados para acreditar la decisión adoptada por la empresa. Basta leer todas las comunicaciones que le fueron enviadas al señor Pinilla y las declaraciones de quienes se enteraron de su comportamiento para concluir que faltó a las obligaciones contraídas con su patrono, pues que en la direc-

ción, manejo y administración de la Concentración Agropecuaria de Moniquirá cometió faltas que tienen la categoría de graves, como: 1) Inejecución sistemática de las labores a él encomendadas. 2) Deficiencia en los trabajos que debía realizar. 3) Desobediencia a las órdenes impartidas por sus superiores. 4) Utilización de los predios de la Concentración en provecho propio y de tercero. 5) Destinación, igualmente, para su uso privado de bienes adscritos únicamente al servicio de la Concentración. 6) Descuido en la conservación de los bienes al servicio de la Concentración. 7) Utilización de las instalaciones de la Concentración para el desarrollo de campañas de tipo político partidista. 8) Ineptitud comprobada en el manejo, orientación y ejecución de los trabajos propios de una Concentración Agropecuaria. 9) Comportamiento altanero y grosero con sus inmediatos superiores. 10) Ausencia al trabajo, sin el previo asentimiento de sus inmediatos jefes. 11) Fomento de la discordia entre los trabajadores de la concentración, especialmente entre el personal de profesores. 12) Instigación permanente a alumnos y padres de familia, los cuales ocasionaron atentados contra la Concentración a su cargo'. Y comentando esta alarmante lista de FALTAS, expresa el señor apoderado de la Federación en su citado memorial: 'Estos hechos, y otros que están plenamente acreditados en el proceso, son los que no le merecen la más mínima consideración al señor Juez de primera instancia (y yo agrego que tampoco al Tribunal de segunda), ni para aceptar las justas causas del despido ni para como se verá en seguida darle cabida a la incompatibilidad manifiesta que existe para reintegrar al señor Danilo de J. Pinilla'. Y luego, el mismo apoderado, en su citado memorial, le dice al Tribunal cómo estas 'GRAVES CAUSAS', suficientemente demostradas con documentos y testimonios, 'son hechos violatorios de la ley, del Reglamento Interno de Trabajo y del contrato celebrado con el actor'. Y cita como violados por el Juez 'los numerales 6º, 10, y 13 del literal A) del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que SON JUSTAS CAUSAS para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo'. Pero a todo esto guardó extraño silencio el Tribunal. Y yo pregunto a la H. Sala a quien me dirijo: cómo, después de esta remuneración de FALTAS GRAVES y de citar como violados unos numerales del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en su memorial dirigido al Tribunal por el señor apoderado de la Federación, ese Tribunal se atreve a decir que dicha entidad —la Federación— 'no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965'. Será eso justicia?. En tal virtud, acuso el fallo recurrido por violación de los numerales 6º, 10 y 13 del literal A) del artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 2351 de 1965, adoptado como norma legal permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, por falta de aplicación siendo el caso de hacerlo, a que llegó el Tribunal por falta de apreciación de numerosas pruebas del proceso que enumeraré a continuación, que demuestran las GRAVES FALTAS del demandante Pinilla en el ejercicio de su cargo en la Federación demandada, que constituyen, según dichas normas legales, 'justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo', y falta de apreciación de esas pruebas que condujo al fallador a incurrir en el error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, consistente en sostener que la Federación demandada 'no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965', error de hecho evidente por cuanto las distintas pruebas que enumeraré a continuación, demostrativas de las DOCE (12) FALTAS GRAVES que enumera el doctor García Gutiérrez en su memorial ya transcrito en lo pertinente, acreditan plenamente lo contrario, es decir, que sí tienen fundamento en los hechos las JUSTAS CAUSAS de despido de que trata la ley. Dichas pruebas, documentales y testimoniales, aceptables así en conjunto en casación debido a justiciera doctrina de esa H. Sala, son: 1) Carta de fecha 6 de febrero de 1972 dirigida desde Moniquirá al Comité de Cafeteros de Tunja por cinco profesores de la Concentración Agropecuaria dirigida por el señor Pinilla (fls. 110 y 111). 2. Copia

de la carta que dirigen desde Tunja el 3 de diciembre de 1971 al señor Danilo Pinilla a Moniquirá los señores Carlos A. Fernández, Director Ejecutivo y Fabio Barrero Castillo, Director de la División Técnica del Comité de Cafeteros de Boyacá (folio 113). 3) Carta Nº SM-416 de 18 de noviembre de 1971 dirigida desde Moniquirá al Director de la Concentración Rural agrícola de la misma localidad, por el señor Héctor J. Ramírez, Jefe Seccional del Comité de Cafeteros de Boyacá (fl. 114). 4) Nota de **Observaciones y sanción** al señor Danilo Pinilla dirigida desde Moniquirá el 10 de noviembre de 1971, por el señor Héctor J. Ramírez, Jefe Seccional del Comité de Cafeteros de Boyacá, que es demasiado grave y no vio el Tribunal, ni tampoco el juez! (fls. 115 y 116). 5) Carta Nº SM-374 de septiembre 30 de 1971 dirigida al señor Danilo Pinilla por el señor Carlos A. Fernández, Director Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá (fls. 117 y 118). 6) Carta Nº SM-369 de septiembre 28 de 1971 dirigida por el Director Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá al señor Danilo Pinilla (fl. 119). 7) Nota Nº 1406 de 2 de septiembre de 1971 dirigida desde Tunja al señor Danilo de J. Pinilla por el Director Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá, que contiene graves cargos a aquél (fls. 120 y 121). 8) Acta de Visita a la Concentración Rural Agrícola de Moniquirá, de la Federación Nacional de Cafeteros, el 3 de octubre de 1971, por los señores Gregorio Vaca Perilla, Miembro del Comité Departamental de Cafeteros, Héctor de J. Ramírez, Jefe Seccional y Francisco D. García, Práctico Agrícola, de la que constan numerosas irregularidades y deficiencias del Director Pinilla (fls. 122 a 130). 9) Testimonios de los señores Luis Hernando Peña Salinas (fls. 292 vto. y ss), Fabio Barrero Castillo (fls. 293 y 294), José Vicente Camargo Guerra (fls. 310 y ss), Ibeth Castillo de García (fls. 318 y ss), Héctor H. Ramírez (fls. 324), Francisco D. García (fls. 330) y Jaime Rafael Rodríguez (fls. 481 y ss). De estos testimonios se deduce deslealtad, mala administración, desobediencia, trabajo de mala gana, descuido e indelicadezas del señor Danilo de H. Pinilla como Administrador de la Granja Agrícola Rural de Moniquirá, de la Federación Nacional de Cafeteros. 10) Posiciones del señor Milcíades Zuluaga Herrera, de que consta que el señor Pinilla se descuidó en el cumplimiento de sus deberes (fl. 234). Después de que la H. Sala lea las anteriores pruebas, podrá concluir fácilmente cómo es de evidente en el proceso el error de hecho en que incurrió el Tribunal de Bogotá, de que he hecho mérito en esta acusación, pues aparece protuberante de dichas pruebas que el demandante Pinilla incurrió en graves faltas que constituyen otras tantas causales justas de despido, de acuerdo con las normas legales que cito como violadas en el presente Cargo. Y fallará en consecuencia".

Se considera

El Parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 dice: "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos".

En la carta que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia envió al trabajador demandante para comunicarle la decisión de terminar unilateralmente el contrato de trabajo, no manifestó la causal o motivo que obviamente deben ser los contemplados en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, para tomar esa determinación, sino que invocó la letra h) del artículo 6º del mismo Decreto, que establece que el contrato puede ser terminado unilateralmente por las partes. Alegar posteriormente a la terminación del vínculo laboral en las instancias del juicio y en el recurso de casación, que había justas causas para darlo por terminado es contrariar claramente lo preceptuado en la norma legal. Por eso el Tribunal Superior se ajustó a la misma si prescindió del examen de las pruebas con las cuales el patrono demandado pretende acreditar que existieron justas causas para terminar la relación de trabajo, pues no habiéndolas manifestado al trabajador en el momento

en que tomó la respectiva determinación, carecían de efectividad, aún estando comprobadas, para justificar el despido. No incurrió en consecuencia en evidente error de hecho el fallador de segunda instancia cuando afirmó que la entidad demandada "no tiene fundamento de hecho alguno que se arregle a las causales justas de despido enumeradas taxativamente por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965".

El cargo no prospera.

Tercer cargo

"El Tribunal de Bogotá confirmó el reintegro del demandante Pinilla al cargo que tenía en la Federación, decretado por el Juez en su sentencia de primera instancia. Al efecto, se basó en el numeral 5º del artículo 8º del Decreto Ley Nº 2351 de 1965 y por cuanto estimó que el actor había trabajado más de diez años en la entidad demandada y en su opinión fue despedido sin justa causa, es decir, que cumplía los dos requisitos que dicha norma exige para que el juez opte entre la indemnización de que trata o el reintegro del despedido a su anterior cargo. Además, el Tribunal agregó lo siguiente: 'Por otra parte, como bien lo advierte el juez de primera instancia **del proceso no fluye ninguna circunstancia que haga estimar al juzgador que el reintegro no sea aconsejable.** Por consiguiente, habrá de confirmarse lo decidido por el **a quo** respecto de esta petición' (Subrayo). Cómo se ve que el Tribunal de Bogotá, para llegar a esta conclusión tan categórica, no atendió las fuertes razones y argumentos, basados en pruebas del expediente, que le presentó el señor apoderado de la Federación, Dr. Gonzalo García Gutiérrez, en su memorial de fecha 4 de mayo de 1976 (fls. 552 y ss), especialmente cuando hace la enumeración de las faltas cometidas por el señor Pinilla al frente de su cargo en la Concentración Agropecuaria de Moniquirá. Muchas de estas pruebas son documentos y testimonios que ahora son de recibo en casación por virtud de justa doctrina de esa H. Sala por la cual me permito transcribir los párrafos pertinentes del citado memorial del Dr. García Gutiérrez, por cuanto este aspecto de la opción entre el reintegro o la indemnización de que trata la norma citada, numeral 5º del Art. 8º del Dto. Leg. 2351 de 1965, queda claro para el fallador. Dice el Dr. García G. en su citado memorial: 'Se desconoce en el fallo (de 1ª instancia) la existencia de la justa causal para despedir al actor, sin que se analicen detenidamente el cúmulo de testimonios y documentos aportados para acreditar la decisión adoptada por la empresa. Basta leer todas las comunicaciones que le fueron enviadas al señor Pinilla y las declaraciones de quienes se enteraron de su comportamiento para concluir que faltó a las obligaciones contraídas con su patrono, pues que en la dirección, manejo y administración de la concentración Agropecuaria de Moniquirá cometió faltas que tienen la categoría de graves, como: '1) Inejecución sistemática de las labores a él encomendadas. 2) Deficiencia en los trabajos que debía realizar. 3) Desobediencia a las órdenes impartidas por sus superiores. 4) Utilización de los predios de la Concentración en provecho propio y de terceros. 5) Destinación, igualmente, para su uso privativo de bienes adscritos únicamente al servicio de la Concentración. 6) Descuido en la conservación de los bienes al servicio de la Concentración. 7) Utilización de las instalaciones de la Concentración para el desarrollo de campañas de tipo político partidista. 8) Ineptitud comprobada en el manejo, orientación y ejecución de los trabajos propios de una Concentración Agropecuaria. 9) Comportamiento altanero y grosero con sus inmediatos superiores. 10) Ausencia al trabajo, sin el previo asentimiento de sus inmediatos jefes. 11) Fomento de la discordia entre los trabajadores de la Concentración especialmente entre el personal de profesores. 12) Instigación permanente a alumnos y padres de familia, los cuales ocasionaron atentados contra la Concentración a su cargo'. Cómo, después de esta impresionante enumeración, se atreven el Juez y luego el Tribunal a decir que 'del proceso no fluye ninguna circunstancia que haga estimar al juzgador que el reintegro no sea aconsejable?. 'Todas esas faltas enumeradas por el señor García Gutiérrez, y cada una de ellas, están demostrando lo equivocado y ligero del juicio de los falladores al respecto. Todas y cada una de esas faltas hacen

inaconsejable el reintegro del señor Pinilla a la Federación, de acuerdo con la facultad que otorga al fallador el numeral 5º del artículo 8º citado. Inaconsejable en grado sumo. O si no, qué opina la H. Sala Laboral al respecto?. Qué opinan y juzgan en su conciencia de falladores rectos los señores Magistrados de la H. Sala?. Será posible volver a hacer convivir al desleal, al inepto, al altanero, etc., con su antiguo patrono?. Será aconsejable?. Será esto justicia?. Por lo tanto, acuso el fallo recurrido por violación del citado nral. 5º del Art. 8º del D. L. Nº 2351/65 (L. 48/68, a 3º) por aplicación indebida en la forma como lo hizo, a que llegó por falta de apreciación de numerosas pruebas del proceso que paso a enumerar, sobre graves faltas del demandante Pinilla, que hacen inaconsejables su reintegro a la Federación de Cafeteros, y falta de apreciación de esas pruebas que condujo al Tribunal a incurrir en el error de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, consistente en sostener que 'del proceso no fluye ninguna circunstancia que haga estimar al juzgador que el reintegro no sea aconsejable', error de hecho evidente por cuanto las distintas pruebas que enumeraré a continuación, demostrativas de las **DOCE (12) FALTAS GRAVES** que enumera el doctor García Gutiérrez en su memorial ya transcrito en lo pertinente, acreditan protuberantemente lo contrario, o sea, que es altamente inaconsejable el reintegro del señor Pinilla a la Federación. Dichas pruebas, documentales y testimoniales, aceptables así en conjunto en casación debido a la justiciera doctrina de esa H. Sala, son: '1) Carta de fecha 8 de febrero de 1972 dirigida desde Moniquirá al Comité de Cafeteros de Tunja por cinco profesores de la Concentración Agropecuaria dirigida por el señor Pinilla (fls. 110 y 111). 2) Copia de la carta que dirigen desde Tunja el 3 de diciembre de 1971 al señor Danilo de J. Pinilla a Moniquirá los señores Carlos A. Fernández, Director Ejecutivo y Fabio Barrero Castillo, Director de la División Técnica del Comité de Cafeteros de Boyacá (fl. 113). 3) Carta Nº SM-416 de 18 de noviembre de 1971 dirigida desde Moniquirá al Director de la Concentración Rural Agrícola de la misma localidad, por el señor Héctor J. Ramírez, Jefe Seccional del Comité de Cafeteros de Boyacá (fl. 114). 4) Nota de **observaciones y sanción** el señor Danilo Pinilla, dirigida desde Moniquirá el 10 de noviembre de 1971, por el señor Héctor J. Ramírez, Jefe Seccional del Comité de Cafeteros de Boyacá, que es demasiado grave y no vio ni el Juez ni el Tribunal! (fls. 115 y 116). 5) Carta Nº SM-374 de septiembre 30 de 1971 dirigida al señor Danilo Pinilla por el señor Carlos A. Fernández Director Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá (fls. 117 y 118). 6) Carta Nº SM-369 de septiembre 28 de 1971 dirigida por el Director Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá al señor Danilo Pinilla (folio 119). 7) Nota Nº 1406 de 3 de septiembre de 1971 dirigida desde Tunja al señor Danilo de J. Pinilla por el Director ejecutivo del Comité de Cafeteros de Boyacá, que contiene graves cargos a aquél (fls. 120 y 121). 8) Acta de visita practicada a la Concentración Rural Agrícola de Moniquirá, de la Federación Nacional de Cafeteros, el 3 de octubre de 1971, por los señores Gregorio Vaca Perilla, Miembro del Comité Departamental de Cafeteros, Héctor de J. Ramírez, Jefe Seccional y Francisco D. García: Práctico Agrícola, de la que constan numerosas irregularidades y deficiencias del Director Pinilla (fls. 122 a 130). 9) Testimonio de los Srs. Luis Hernando Peña S. (fls. 292 vto. y sgtes)., Fabio Castillo (fls. 293 y 294), José V. Camargo Guerra (fls. 310 y ss.), Ibeth Castillo de García (folios 318 y ss.), Héctor J. Ramírez (fl. 324), Francisco D. García (fl. 330) y Jaime R. Rodríguez (fls. 481 y ss). De estos testimonios se deduce deslealtad, mala administración, desobediencia, trabajo de mala gana, descuido e indelicadezas del señor Danilo de J. Pinilla como Administrador de la Granja Agrícola Rural de Moniquirá, de la Federación Nacional de Cafeteros. 10) Posiciones del señor Milcíades Zuluaga Herrera, de que constan que el señor Pinilla se descuidó en el cumplimiento de sus deberes (fls. 234). Después de que la H. Sala Laboral de la Corte lea todas y cada una de las anteriores pruebas podrá concluir cómo es de evidente el error de hecho, cómo es de altamente inconveniente el reintegro del señor Pinilla a la Federación. Como dije

atrás, es imposible hacer convivir de nuevo al desleal, al deficiente, al desobediente, al abusivo, al descuidado, al inepto, al altanero, al mal administrador, al indelicado, con su antiguo patrono o empresario. Y por tanto, llegará a la clara conclusión de la mala aplicación de esa norma, si se parte de la base hipotética de que estuvieren reunidos los dos requisitos previos que ella misma establece, de los 10 años de labores y un despido injusto, sería o es la de otorgarle la indemnización que la misma norma establece. Y digo hipotético el caso, porque ya demostré también en los Cargos anteriores que el despido no fue injusto sino, por el contrario, plenamente justificado, con lo que tampoco se reúne el segundo requisito de la norma en referencia, ya visto".

El Tribunal Superior, por su parte, luego de transcribir el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2361 de 1965, dijo sobre la petición de reintegro:

"Se ha visto que el actor ha prestado sus servicios a la entidad demandada durante más de diez años continuos y que fue despedido sin justa causa; por tanto, esta situación encaja en la norma transcrita. Por otra parte, como bien lo advierte el juez de primera instancia del proceso no fluye ninguna circunstancia que haga estimar el juzgador que el reintegro sea aconsejable. Por consiguiente, habrá de confirmarse lo decidido por el a quo respecto a esta petición".

Se considera

El inciso 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, dispone:

"Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios, y fuere despedido sin justa causa, el juez del trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º, literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización".

La norma transcrita otorga al juez la facultad de ordenar el reintegro del trabajador con más de diez años de servicio, lo que hará siempre y cuando no hayan surgido incompatibilidades entre patrono y trabajador, por el despido, conclusión a la cual debe llegar tomando en cuenta y estimando las circunstancias que aparezcan en el proceso.

En el negocio sub lite los falladores de instancia no encontraron acreditadas esas incompatibilidades. El recurrente censura esa conclusión fáctica, porque según su criterio las pruebas que indica como no apreciadas demuestran que es imposible la convivencia laboral entre la entidad demandada y el extrabajador. Sin embargo al sustentar la acusación no hace un análisis de los medios probatorios relacionados, sino que se limita a afirmar que una vez leídos por la Corte, ésta concluirá que es imposible hacer convivir al desleal, al descuidado, al inepto, al altanero, al mal administrador, al indelicado, con su antiguo patrono o empresario. Es decir, expone su personal criterio sobre lo que dicen las pruebas, pero no demuestra como por la falta de apreciación de las mismas el Tribunal Superior incurrió en el evidente error de hecho que le atribuye, sin que le sea dable a la Corte sustituir en este aspecto al acusador.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el veintiuno de junio de mil novecientos setenta y seis, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio de DANILO DE J. PINILLA contra la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

INTERPRETACION ERRONEA DE LOS ARTICULOS 127, 132 Y 179 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

En el cargo se afirma que el Tribunal interpretó erróneamente los Arts. 127 y 132 del CST., en el sentido de considerar que las bonificaciones y los viáticos no constituyen salario variable para efectos de establecer la remuneración de los descansos legales, pero que sí tienen ese carácter cuando se trata de liquidar prestaciones sociales. Lo que el recurrente le atribuye al sentenciador no corresponde a las consideraciones expuestas en la parte motiva del fallo de segunda instancia, pues, se repite, no se hizo exégesis alguna a las disposiciones legales anteriormente citadas

El cargo también acusa la interpretación errónea del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, para establecer el régimen de la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta. El Tribunal negó la condena que el actor invocaba, con fundamento en el texto legal citado, y para adoptar esa decisión no interpretó ese precepto, sino que dedujo la absolución de la ausencia de prueba de la prestación del servicio en los días de descanso obligatorio; además, consideró que el pago de viáticos en tales días no prueba ese servicio, y para reforzar tal aserto estimó diversos aspectos probatorios de la litis

ERROR DE HECHO

Proposición Jurídica incompleta

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

(Radicación Nº 5645).

(Acta Nº 25).

Fernando Puerta Núñez, mayor de edad, vecino de Bucaramanga, identificado con la C. C. Nº 17'087.590 de Bogotá, solicitó por medio de apoderado que se condenara a la sociedad **Instituto Farmacológico Colombiano Ltda. "ITALMEX"**, a pagar al actor las siguientes pretensiones:

"a) Descansos en dominicales y festivos en relación con las comisiones que no fueron canceladas por la sociedad demandada a la terminación del contrato de trabajo, y el salario variable.

"b) Reajuste de prestaciones en relación con las comisiones no pagadas al trabajador y elementos que constituyen salario y que no fueron tenidos en cuenta.

"c) Remuneración por trabajos en dominicales y festivos.

"d) Indemnización por el despido injustificado y primas de servicios.

"e) Indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones.

"f) Los gastos y costas del presente juicio".

Los hechos expuestos en apoyo de las peticiones indicadas, fueron:

"1º) El señor Fernando Puerta Núñez, prestó sus servicios a la Sociedad demandada mediante contrato escrito de trabajo y lo hizo en forma continua desde el día 8 de febrero de 1971 hasta el día 20 de noviembre de 1972.

"2º) El Instituto Farmacológico Colombiano Ltda., 'ITALMEX', dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y en forma unilateral.

"3º) Al demandante no le fueron cancelados los descansos en dominicales y festivos en relación con las comisiones y demás elementos que constituyen salario.

"4º) El trabajador desempeñaba el cargo de Visitador Médico.

"5º) Al trabajador le pagaba la sociedad un sueldo de $5.000.00 básicos, mas comisiones, viáticos y bonificaciones.

"6º) El trabajador tenía como sede la ciudad de Bucaramanga, pero tenía que viajar por lo menos 15 días continuos al mes, reconociéndole viáticos por ello.

"7º) Duarnte (sic) los 15 días mínimos que duraba fuera de la sede, la Empresa le reconocía los viáticos durante los domingos y festivos, pero no le pagó el trabajo en dichos días.

"8º) El trabajador fue despedido por haberse presentado a las Oficinas de Bucaramanga durante dos medios días, el 16 y 18 de noviembre de 1972, sin que en realidad tuviera obligación para ello y sin que se hubiera causado perjuicio a la Empresa, ni tuviera contemplada esa causal en el reglamento de trabajo.

"9º) El trabajador prestó sus servicios el día 20 de noviembre haciendo cobros y ventas, en especial recibió el pago de 'UNION DE DROGUERIAS DE SANTANDER UNIDROS', por $17.570.01 y lo entregó a la sociedad demandada. Una vez efectuadas sus labores le entregaron la carta de despido con fecha 20 de noviembre de 1972.

"10) A la terminación del contrato no se pagó al demandante indemnización por el despido, ni prima de servicios por el segundo semestre de 1972.

"11) El No (sic) pago de los dominicales y festivos trabajados los descansos en los mismos días en relación con salario variable, que vienen siendo reconocidos por la H. Corte y los Tribunales, constituye mala fe y da lugar al (sic) la indemnización moratoria fijada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

La sociedad demandada no dio contestación a la demanda, pero propuso en la primera audiencia de trámite las excepciones de inexistencia de la obligación, pago y prescripción.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 23 de enero de 1976, absolvió a la demandada de la totalidad de las peticiones de la demanda e impuso al actor la obligación de pagar las costas del proceso.

Apelada esa providencia por el apoderado del demandante, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en sentencia de 10 de junio de 1976, confirmó el fallo del **a quo** y condenó al recurrente al pago de las costas de la segunda instancia.

El apoderado de Fernando Puerta Núñez interpuso recurso de casación contra dicha providencia, el que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a estudiarse teniendo para ello en cuenta la demanda sustentatoria y el escrito de réplica del opositor.

El recurso

Está presentado en dos cargos, con base en la causal de primera de casación, y con fundamento en él se acusa la sentencia de segundo grado.

El alcance de la impugnación lo determina el recurrente así: "Los cargos que se presentan, se persigue que se CASE o infirme totalmente la sentencia recurrida, que confirmó en todas sus partes la de primer grado, y que esa H. Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Instancia, revoque el fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, condenando a la Sociedad Instituto Farmacológico Colombiano (Italmex), a todas las peticiones de la demanda".

Primer cargo

Se enuncia de este modo: "La sentencia impugnada viola directamente, por interpretación errónea de los artículos 127, 132, y 179, éste último doficiado (sic) por el el (sic) artículo 12 del Decreto 2351 de 1965, y, como consecuencia aplicación indebida (por falta de aplicación) de los artículos: 43, 65, 172, 173, 176, 177, 181, 186, 189, 249, 253 modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y 306 de la misma obra".

El cargo se orienta a demostrar la interpretación errónea de los artículos 127, 132 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo, y a mostrar en que forma la sentencia recurrida aplica indebidamente las restantes normas lagales enunciadas por el acusador.

Comienza el cargo expresando la razón de ser, a su entender, de la interpretación errónea de los artículos 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo. Para este fin, transcribe apartes de la setencia de segunda instancia, de los cuales deduce que el Tribunal considera las comisiones como el único salario variable idóneo para liquidar la remuneración de los descansos de los domingos y días festivos, prescindiendo de los viáticos y de las bonificaciones; cuando, por el contrario, reconoce a esos viáticos y bonificaciones el carácter de salario variable y su aptitud para integrarlos en la liquidación de las prestaciones sociales.

Dentro de la interpretación que reclama para los artículos 127 y 132 ya citados, el impugnante alude a la retribución que se pacta por unidad de tiempo y por resultado; explica cada una de ellas y concluye con el siguiente planteamiento: "al haber resuelto el Tribunal de Bogotá que los viáticos y bonificaciones no eran salario variable para el reconocimiento y pago de los descansos en domingos y festivos, y que sí lo eran para la liquidación de otras prestaciones, interpretó erróneamente los artículos: 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que las bonificaciones y viáticos tienen que tenerse también como salario variable, en relación con los descansos en domingos y festivos".

Se refiere luego el censor al artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya violación por el concepto de interpretación errónea deduce de los siguientes motivos:

"a) Se pretendió que el trabajador, dentro de lo establecido en esa norma, a pesar de estar comprobados que estuvo fuera de su Sede en comisión ordenada por al (sic) Empresa, y se le pagaron viáticos debía acreditar también, que laboró en esos días, y;

"b) Que para la prestación de servicios en domingos y festivos se requiere orden expresa del Patrono, y que si se pacta que debe laborarse previa autorización, el trabajador pierde su remuneración".

De los postulados que se han transcrito, y que en concepto del recurrente constituyen una cuestión fáctica no discutida, se deduce por aquél la presunción de continuidad de la prestación del servicio que permite inferir el hecho del trabajo en dominicales y festivos. La prueba de tal hecho, por consiguiente no gravita sobre el trabajador, sino que, por el contrario, corresponde al patrono la carga de demostrar la excepción, esto es, la no prestación del servicio en determinados dominicales y festivos.

El recurrente concluye su argumentación sobre este aspecto del cargo, de la siguiente manera: "Así las cosas al exigir una prueba extra al demandante de que laboró los domingos y festivos comprendidos dentro de la correría, determina una interpretación errónea, por el **ad quem** al pretender un requisito, extra que la norma no contiene".

El impugnante critica, además, la posición procesal adoptada por la sociedad y aceptada por el Juzgado, en cuanto a la estipulación contractual que exigía la autorización escrita del patrono como condición para el pago de la remuneración del trabajo en domingos y festivos. Sobre este particular anota: "La interpretación errónea consistió en que acreditada la labor cumplida por el demandante en varios domingos y festivos, discriminados en el dictamen pericial, el Juez no condenó a ellos, porque no había existido un permiso o autorización previa, para cumplir esa orden. Al trabajador se le paga el viático correspondiente por el servicio prestado, pero sin embargo el Juez no condenaba a la remuneración fijada en el artículo 179, porque el Patrono había puesto en el con-

trato de trabajo una condición que fragantemente (sic) viola el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo".

Refiriéndose a la violación de la ley por el concepto de aplicación indebida, explica de que manera se llega a ella en la sentencia recurrida. Así, en relación con los artículos 172, 173, 176 y 177, a consecuencia del equivocado entendimiento de los pagos que constituyen salario, específicamente los viáticos y las bonificaciones; respecto del artículo 181, por estar demostrado que el demandante trabajaba de modo habitual los días domingos y festivos, y en relación con las normas legales sobre vacaciones, cesantía y primas de servicio, por no haberse considerado en la liquidación de cada una de ellas el trabajo en los domingos y festivos y el mayor valor por la remuneración de los descansos en tales días. En lo que respecta al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, transcribe jurisprudencia de esta Corporación y reclama la condena a la indemnización moratoria por causa de la falta de pago de los descansos en dominicales y días de fiesta, de los reajustes correspondientes y del trabajo en esos días de descanso.

Por su parte el opositor, luego de transcribir de la sentencia recurrida las consideraciones que hiciera el ad quem sobre los extremos relativos a comisiones, viáticos y bonificaciones, afirma que lo que lleva el juzgador a abstenerse de condenar al reajuste de prestaciones sociales es una consideración de hecho o probatoria. Y observa: "Ahora bien, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, la errónea interpretación se presenta cuando de la norma se tiene un concepto equivocado con independencia de toda cuestión de hecho. Tratándose de errores diferentes, con origen en causas distintas, la acusación debe presentarse en forma independiente".

Se refiere el opositor más adelante a las argumentaciones que en el cargo se formulan alrededor del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice, al respecto, que el Tribunal no hizo exégesis acerca del monto de la remuneración que corresponde al trabajo en domingos y días de fiesta y que la norma citada no exonera al trabajador de la necesidad de probar el trabajo en días de descanso obligatorio, ni consagra la presunción a que alude el recurrente.

Sobre este tópico del trabajo en dominicales y festivos toma el opositor apartes del fallo impugnado y afirma que de ellos se infiere también un problema de hecho "que no puede servir de base al ataque por interpretación errónea. Y no habiéndose demostrado ésta, resulta innecesario examinar el supuesto quebranto por falta de aplicación de los artículos 43, 65, 172, 173, 176, 177, 181, 186, 189, 249, 253 —modificado por el 17 del Decreto 2351 de 1965— y 306, que se aduce como consecuencia de la susodicha interpretación".

Se considera

La violación directa de la ley, en la modalidad de interpretación errónea, presupone que el sentenciador haya desatado la controversia con apoyo en un entendimiento equivocado del texto legal que regula la materia litigiosa de que se trate y el acuerdo entre el impugnante con el Tribunal sobre los hechos del proceso. Por consiguiente, en el concepto de violación de la ley que el recurrente propone, la técnica del recurso exige que el casacionista exprese, de una parte, en qué consiste la equivocada interpretación que el Tribunal dio a la norma, y de otra, la verdadera exégesis del precepto.

En el presente caso, el sentenciador al examinar el derecho que pudiera corresponder al trabajador por concepto de remuneración del descanso de los domingos y festivos, argumenta que el actor no demostró haber recibido de la sociedad salario fijo y comisiones, sino solo lo primero, deducción que infiere de la prueba pericial y del documento que contiene el contrato de trabajo. De otra parte, al analizar la pretensión relativa al reajuste de prestaciones sociales, anota que el trabajador no devengó comisiones y si bien reconoce que en el proceso se encuentra acreditado el pago de bonificaciones y viáticos, se abstiene de declarar la prosperidad de esa pretensión, al no encontrar debidamente determinadas en el petitum de la demanda inicial, las prestaciones sociales que quedarían afectas al reajuste impetrado.

El precedente resumen de la sentencia muestra la improcedencia del cargo. De un

lado, porque el fallador no interpreta el contenido de los artículos 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo. De otro, porque el Tribunal no dice en parte alguna de su sentencia que los viáticos y las bonificaciones tengan la calidad de salario variable. En efecto, cuando alude al punto relativo a comisiones lo hace para declarar la ausencia de prueba del hecho quinto de la demanda —en donde se dice que el trabajador devengaba un salario fijo y comisiones— y cuando trata el tema relativo a prestaciones sociales declara que las bonificaciones pagadas al trabajador durante los años 1971 y 1972 constituyen salario y admite que debieron tenerse en cuenta para liquidar esas prestaciones, pero, en cambio, al referirse a los viáticos el sentenciador se limita a expresar que tienen el carácter de salario en cuanto proporcionan al trabajador manutención y alojamiento y a decir que no tienen ese carácter en la parte destinada a suministrarle los medios de transporte o los gastos de representación, con lo cual no hace un pronunciamiento específico para determinar si lo que pagó la empresa por ese concepto tiene o no naturaleza salarial.

En el cargo se afirma que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de considerar que las bonificaciones y los viáticos no constituyen salario variable para efectos de establecer la remuneración de los descansos legales, pero que sí tienen ese carácter cuando se trata de liquidar prestaciones sociales. Lo que el recurrente le atribuye al sentenciador no corresponde a las consideraciones expuestas en la parte motiva del fallo de segunda instancia, pues, se repite, no se hizo exégesis alguna de las disposiciones legales anteriormente citadas.

El cargo también acusa la interpretación errónea del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece el régimen de la remuneración del trabajo en domingos y días de fiesta. El Tribunal negó la condena que el actor invocaba, con fundamento en el texto legal citado, y para adoptar esa decisión no interpretó ese precepto, sino que dedujo la absolución de la ausencia de prueba de la prestación del servicio en los días de descanso obligatorio; además, consideró que el pago de viáticos en tales días no prueba ese servicio, y para reforzar tal aserto estimó diversos aspectos probatorios de la litis. Así, la circunstancia de que el trabajador devengara viáticos por el solo hecho de encontrarse fuera de su sede; de otra parte, la estipulación contractual que prescribía la necesidad de obtener orden escrita del patrono como condición para que se remunerara el servicio en días de descanso obligatorio; y, por último, el testimonio de Humberto Alvarez Moro y la declaración de parte del actor, en donde este último manifiesta no haber recibido orden escrita para trabajar en los días de descanso obligatorio, no le indicaron, ninguna de ellas, la realización de ese servicio en esos días de descanso.

Ahora bien, si para el casacionista aparece demostrada la prestación del servicio en los días de descanso obligatorio, con ello no hace cosa distinta que afirmar la prueba de un hecho que el Tribunal no tuvo como cierto, con lo cual introduce una cuestión fáctica que es ajena a los cargos por violación directa de la ley, en donde se supone acuerdo entre el impugnante y el fallador sobre los hechos del proceso.

De otra parte, el censor pretende la aplicación de una presunción supuestamente establecida en el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual y en concepto de aquél, debe deducirse el hecho de la prestación del servicio en dominicales y festivos, de la circunstancia de haber pagado el patrono el importe de los viáticos cuando el trabajador se encontraba fuera de su sede.

Al respecto es preciso observar que el legislador no contempla en el texto de la norma citada, ni en ninguna otra, la presunción que reclama el recurrente. El precepto en cuestión se limita a consagrar el derecho a la remuneración por trabajo efectivamente prestado en domingos y días de fiesta, y a establecer el quantum de esa remuneración. Siendo ello así, la presunción alegada no tendría el carácter de presunción legal, como tampoco de derecho, según la definición que de ellas da el Código Civil, y, por lo mismo, no existe razón válida para suponer que al trabajador le baste demostrar el pago de viáti-

cos y su permanencia fuera de la sede, para que el juzgador de instancia deduzca el hecho de la prestación del servicio en dominicales y días festivos, que vendría a ser, en concepto del recurrente, el hecho presumido por la ley.

Como el soporte del fallo impugnado descansa fundamentalmente en la ausencia de prueba del hecho generador del derecho que se pretende hacer valer, el reconocido en el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede argüirse que el problema que plantea el recurrente sea de puro derecho. Y si además se observa que el sentenciador no interpretó el contenido de la norma citada, sigue concluir en la improcedencia de la acusación. Por consiguiente, la violación de la ley, por aplicación indebida de las normas que el cargo enuncia, no puede examinarse, pues ella se propone como consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 127, 132 y 179 del estatuto mencionado.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Está presentado en los siguientes términos: "La sentencia impugnada, viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 43, 65, 127, 132, 172, 173, 176, 177, 179, 181, 186, 189, 249, 253 y 306 del C. S. del T., y el artículo 7º aparte a) del Decreto 2351 de 1965 por infracción proveniente de manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente unas pruebas y dejado de apreciar otras".

Los errores de hechos que el impugnante le formula a la sentencia, son los siguientes:

"a) Dar por demostrado sin estarlo, que el trabajador no devengó salario variable, y por el contrario no dar por demostrado estándolo que el demandante devengó como salario variable viáticos y bonificaciones.

"b) No dar por demostrado estándolo que el trabajador prestó sus servicios en forma habitual durante los domingos y festivos que están comprendidos en cada correría.

"c) No dar por demostrado estándolo, que el trabajador por tener derecho a los descansos en domingos y festivos en relación con el salario variable y a la remuneración por servicios prestados en esos días, tenía derecho a que se le reajustara la cesantía, la prima y las vacaciones que se pagaron durante la vigencia del contrato.

"d) No dar por demostrado estándolo, que la sociedad demandada, no procedió de buena fe, al no pagar el trabajo en domingos y festivos, alegando una participación ilegal, y no canceló el descanso en domingos y festivos en relación con el salario variable, a pesar de que el artículo 176 del C. S. del T., es muy claro y cualquier otra interpretación que quiera dársele representa por sí sola mala fe.

"e) No dar por demostrado estándolo, que la sociedad demandada, para el no pago de salarios y prestaciones adeudados, ignoró disposiciones legales claras, haciéndose acreedora a la indemnización moratoria, ya que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

"f) Dar por demostrado no estándolo, que el trabajador fue despedido por justa causa, y por el contrario no dar por demostrado estándolo, que el despido fue injustificado".

En la fundamentación del cargo comienza el censor por referirse a la declaratoria de confeso deducible en contra de la sociedad demandada, respecto de los hechos de la demanda, de los cuales destaca y transcribe los enunciados bajo los números 2, 3, 6, y 7. De ella deduce la prueba del despido injustificado y el trabajo del demandante en domingos y festivos, de acuerdo con las correrías que señalaba la empresa. Además, dice: "Esta prueba de confesión debe agregarse, como íntimamente vinculada a ella, la peritación rendida por el doctor Jaime Barbosa, que acredita en forma precisa cuáles fueron los domingos y festivos que tuvieron ocurrencia en cada correría, con la especificación de las ciudades en que estuvo el trabajador en esos días, distintos de su sede en Bucaramanga".

El cargo se detiene en el examen de las pruebas erróneamente apreciadas. En primer lugar, se refiere al contrato de trabajo en los siguientes términos: "El Tribunal Superior de Bogotá, tuvo en cuenta la cláusula segunda del contrato de trabajo, para desconocer el pago de los servicios prestados en domingos y festivos. Como en la

cláusula segunda se decía: que si por alguna circunstancia, el empleado, prestare sus servicios en domingos y festivos, no tendrá derecho a sobrerremuneraciones, si tal trabajo no hubiese sido autorizado por escrito únicamente por el patrono". Estima el acusador que la cláusula segunda del contrato no produce efecto alguno según el Art. 43 del C. S. del T., y anota que "El trabajador tenía que cumplir y cumplió, las correrías que le eran fijadas por el patrono, y se le pagaban viáticos durante los domingos y festivos". "Sin embargo a pesar de haber acreditado esto, el **ad quem** desconoció el derecho del trabajador, por no haber presentado la autorización escrita por parte del patrono. Si se daba aplicación a la exigencia a la cláusula segunda del contrato, se violaría el artículo 179 y 181 del C. S. del T., que consagran el derecho y la remuneración, para quien presta servicios en forma habitual, durante los días de descanso fijados por la ley".

En relación con la liquidación final de prestaciones, el recurrente expresa que el documento que la contiene demuestra que a la terminación del contrato el patrono adeudaba cesantía y vacaciones, "sin embargo, al estudiarse el reajuste de prestaciones en relación con el salario variable, se concluyó que el trabajador había devengado viáticos y bonificaciones, que constituían salario, para la liquidación de prestaciones, pero no se hizo la condena considerando que no se sabía a que prestaciones debía hacerse el reajuste". Y luego dice: "El **ad quem** de acuerdo con una interpretación lógica de ese documento, tenía que haber condenado al reajuste de la cesantía y vacaciones a que alude la liquidación final, de acuerdo con el salario variable, que se estableció".

Respecto del dictamen pericial, expresa: "El dictamen, contiene en el anexo números 1 y 2 una descriminación completa, de las sumas pagadas por concepto de viáticos y bonificaciones, no se puede entonces interpretar erróneamente esa prueba, para tenerla en cuenta y decir que es salario variable para liquidación de prestaciones, pero que no constituye salario variable para el reconocimiento de los descansos en domingos y festivos. El salario puede ser fijo, cuando se pacta por unidad de tiempo y variable cuando se establece de acuerdo con los resultados, ya sea por tarea, obra, comisiones, bonificaciones o viáticos. Los viáticos y bonificaciones son siempre salario variable ya sea para la liquidación de prestaciones como para la liquidación de descansos en domingos y festivos".

Finalmente, se refiere a la carta de despido. Al respecto anota:

"En primer lugar la carta se basa sobre el hecho de haber faltado al trabajo en dos medios días, y como cuestión accidental deja constancia de una falta cometida el 10 de julio de 1972. El Tribunal cambió totalmente el contenido del documento, ya que le dio más importancia a la falta aludida, al decir: como puede observarse el demandante expresamente acepta el hecho de haber adulterado el pedido, lo cual se corrobora con la confesión hecha por éste al contestar la cuarta pregunta del interrogatorio de parte:

"... ... ...

"... ... ...

"Las causales dadas en la carta de despido, no pueden ser variadas por el Tribunal, ni siquiera por el patrono. Veamos entonces cuáles fueron las causales invocadas, así: se invocó el literal i) y k) de la cláusula 1ª. En el literal i), el trabajador se compromete... a no abandonar su zona temporal o definitivamente... y el k) dice: a respetar y cumplir el itinerario de viaje firmado por el patrono.

"En ninguno de estos dos hechos se presentó, pues el trabajador se encontraba en la ciudad de Bucaramanga, es decir dentro de su zona asignada, y no estaba en correría para que se dijera que tenía que cumplir un itinerario.

"El literal c) de la cláusula quinta contempla la ejecución deficiente, como facultad del patrono, para dar por terminado el contrato de trabajo. Tampoco hubo deficiencia en el trabajo, porque precisamente lo que se alude, no es que el trabajo se hizo en forma deficiente, sino que no se hizo presente durante el medio día.

"La cláusula sexta dice: que el empleado debe dar aviso al patrono cuando por cualquier causa no pueda concurrir al trabajo. Este no fue tampoco el caso, ni está contemplado en el contrato como causa grave.

"El patrono invocó las cláusulas que se decía, habían sido violadas por el trabajador, y en realidad ninguna de ellas coincide con el hecho imputado, circunstancia por la cual el ad quem interpretó erróneamente la carta de despido, considerando que se operó una terminación de contrato justificado".

En este aspecto de la acusación el censor transcribe jurisprudencia de la Corte en materia de despido.

El cargo concluye con explicaciones del recurrente sobre la manera como se produjo la infracción de las disposiciones legales, las cuales corresponden a las expuestas para el primero.

El opositor, a su turno, después de enunciar las normas que contiene la acusación y de transcribir los errores de hecho propuestos, advierte que las presuntas confesiones de los hechos de la demanda fueron desvirtuadas con otras pruebas, más adecuadas que aquélla, para formar el convencimiento del juzgador.

Refiriéndose a la cláusula segunda del contrato de trabajo, dice:

"La disposición a que se refiere el casacionista no sólo es lícita sino que tiende a garantizar el derecho del trabajador al descanso en los días domingos y demás festivos y a preservar la necesidad de que goce de tal descanso.

"Por otra parte, como lo pone de presente el fallador de primera instancia, no se demostró el número exacto de dominicales y festivos en que el demandante dice haber laborado. A lo que se agrega que él mismo al contestar la sexta pregunta del interrogatorio de parte (folios 100 a 102), confiesa que nunca recibió orden escrita del patrono para prestar sus servicios en días de descanso obligatorio. Esta prueba, importante soporte en la decisión de segunda instancia, no está mencionada por el recurrente.

"El recurrente afirma que en el dictamen pericial están indicados los domingos y demás días de fiesta en que trabajó el actor, pero ello no es exacto, pues el perito simplemente se limitó a hacer un cálculo de lo que hubiera podido devengar el señor PUERTA NUÑEZ en la hipótesis de haber prestado servicio en tales días.

"En la misma cláusula segunda del contrato de trabajo se conviene una **remuneración fija mensual** 'que cubre el valor correspondiente al trabajo ordinario y a los domingos y festivos no trabajados'. El perito en su dictamen manifiesta que no se encontró que el demandante devengara comisiones".

Alude más adelante el opositor a las bonificaciones y viáticos, calificando los primeros como ocasionales. Respecto de los viáticos dice que fueron pagados oportunamente y que eran recibidos por el trabajador por la sola circunstancia de encontrarse fuera de su sede, según lo atestigua Carlos Humberto Alvarez, "prueba esta que cita el Tribunal, y que el recurrente no censura, a pesar de la incidencia que tuvo en el fallo impugnado".

En el escrito de réplica se observa también que el Tribunal mantuvo la liquidación final de prestaciones hecha por el patrono, sin tener en cuenta los viáticos y las bonificaciones, no porque carecieran de la calidad de salarios variables, sino con fundamento en una interpretación de la demanda inicial.

En lo referente al despido, el opositor transcribe apartes del fallo impugnado, y observa: "Mas el recurrente sostiene que ninguna de las cláusulas del contrato de trabajo coincide con el hecho que se imputa al trabajador en la carta de despido. Pues bien, una de esas cláusulas es la quinta que en el encabezamiento reza: 'Son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo las establecidas por la ley'. El artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 dice: 'Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: a) Por parte del patrono: ... '6. 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...'. Y el artículo 60 de dicho Código dice: 'Se prohíbe a los trabajadores: ...'4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimentos o sin permiso del patrono ...'".

Se considera

Sobre el primer error de hecho que propone el recurrente —dar por demostrado sin estarlo que el trabajador no devengó salario variable, y por el contrario, no dar

por demostrado estándolo que el demandante devengó como salario variable viáticos y bonificaciones— cabe hacer algunas observaciones antes de proceder a su estudio de fondo.

En el desarrollo de este cargo el censor se refiere a la materia relativa a los salarios variables solamente cuando analiza el dictamen pericial y, más adelante en el capítulo sobre "NORMAS INDEBIDAMENTE APLICADAS", para decir que los artículos 127 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, no se habían aplicado debidamente, pues, en su concepto, establecen las formas del salario fijo y el salario variable, así como la facultad que tienen las partes para convenirlas. Y luego de hacer tal afirmación el recurrente observa que en el proceso aparece demostrado que las partes convinieron un salario mixto por unidad de tiempo y un salario variable consistente en los viáticos y las bonificaciones. Sobre la base de esos supuestos el acusador deduce la aplicación indebida de los textos legales citados anteriormente, de la circunstancia de que el Tribunal hubiese considerado que los viáticos y las bonificaciones constituían salario variable para liquidar prestaciones sociales, mas no para el reconocimiento de los descansos en domingos y días de fiesta.

Ahora bien, en relación con el dictamen pericial dice el censor que cuando el ad quem procedió al estudio de los reajustes de las prestaciones sociales dijo expresamente que se encontraban demostrados los viáticos y las bonificaciones pagadas por la empresa, y que constituían salario para la liquidación de prestaciones sociales, pero que, sin embargo, para efectos del reconocimiento de los descansos en domingos y festivos el fallador había desconocido la existencia del salario variable por no haberse comprobado el pago de comisiones. Seguidamente el acusador observa que el dictamen pericial contiene, especificados, los pagos por concepto de viáticos y bonificaciones y juzga que no se puede interpretar erróneamente tal prueba para considerar que esos conceptos son salario variable para liquidar prestaciones sociales, pero que no lo son para liquidar dominicales y festivos.

Conviene precisar, además, que el casacionista señaló como prueba dejada de apreciar la confesión ficta o presunta y como pruebas equivocadamente apreciadas el contrato de trabajo, la liquidación final de prestaciones sociales, el dictamen pericial y la carta de despido. Pues bien, en relación con este primer error se limitó el impugnante a criticar la apreciación que hiciera el sentenciador respecto del dictamen pericial y, tangencialmente, a aludir el contrato de trabajo.

El documento que contiene las estipulaciones del contrato de trabajo claramente contempla una remuneración fija mensual, de manera que respecto de él no es posible predicar una apreciación equivocada de la prueba que condujera al Tribunal a cometer el error de hecho que señala el recurrente, y es equivocado afirmar —como lo sostiene aquél—, que las partes hubieran acordado allí, o en otro convenio, una remuneración mixta que combinara el salario fijo con el variable. No hubo tal acuerdo de voluntades.

De otra parte, si el error que se analiza se fundamenta en la equivocada apreciación del dictamen pericial, la acusación no es viable a través de él, porque tan solo procede en este recurso cuando la causa del error de hecho lo genera la falta de apreciación o equivocada apreciación del documento auténtico, la inspección ocular y la confesión judicial, como lo enseña el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y lo ha repetido la jurisprudencia de esta Sala, sin que pueda examinarse el dictamen pericial en el presente caso por su conexión con el documento que contiene el contrato de trabajo, pues, se repite, él no fue estimado equivocadamente por el fallador de segunda instancia.

No es posible tampoco examinar las restantes pruebas, para deducir de ellas la prosperidad o improsperidad de este aspecto del cargo, porque la técnica del recurso exige —tratándose de una acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba—, que el recurrente además de señalar el error y el medio o medios de prueba mal apreciados, demuestre la existencia clara y ostensible del yerro alegado, y es lo cierto que

esa exigencia no se ha cumplido en debida forma respecto de los otros elementos de prueba que el censor presenta en el cargo.

Sigue concluir de lo dicho en la falta de demostración del primer error de hecho que plantea el casacionista.

El segundo error de hecho se hace consistir en que no se dio por demostrado, estándolo, que el trabajador prestó sus servicios en forma habitual durante los domingos y festivos comprendidos en cada correría. La sentencia impugnada dice sobre este aspecto:

"Al hacerse un examen de las pruebas aportadas al proceso, se deduce que el actor no logró demostrar que hubiera prestado sus servicios en dominicales y festivos, tal como se afirma en el hecho séptimo del libelo de demanda. Es verdad que en el anexo Nº 2 del dictamen pericial consta que le pagaron viáticos en domingos y festivos, pero también es cierto que esa sola circunstancia no constituye por sí sola, prueba para demostrar el trabajo en esos días, máxime si se tiene en cuenta que al actor se le pagaban viáticos por el solo hecho de encontrarse fuera de su base, según se desprende de la declaración del señor Carlos Humberto Alvarez Moros.

"De otro lado, en la cláusula segunda del contrato de trabajo se estipuló, que si por alguna circunstancia el trabajador tenía que prestar sus servicios en dominicales y festivos, no tendría derecho a la sobrerremuneración legal si se efectuaba sin la autorización escrita del patrono. Esto se corrobora con la declaración del señor Carlos Humberto Alvarez Moros, dice lo siguiente:

" 'Referente a esa pregunta, me permito manifestar que la Compañía tiene fijado un reglamento que se llama ITINERARIO DE TRABAJO para cada Visitador Médico en el cual se fija previamente y por escrito la labor que debe desempeñar día a día de lunes a sábado con exclusión de los domingos y festivos y que dicha labor puede ser cumplida tanto en su base como fuera de ella, según las conveniencias del patrono, pero en ningún caso se le exige al trabajador elaborar (sic) en días festivos' (se subraya).

"Pero además, el mismo demandante al contestar la sexta pregunta del interrogatorio de parte confiesa que nunca recibió orden escrita del patrono para prestar sus servicios en días de descanso obligatorio. Por tanto, no habiéndose acreditado el trabajo en dominicales y festivos, tampoco puede prosperar esta petición".

Como puede observarse, el ad quem no tuvo en cuenta la conducta procesal de la parte demandada —que se abstuvo de concurrir a absolver el interrogatorio de parte—, para deducir de ella la presunción de certeza de los hechos 6º y 7º de la demanda, de acuerdo al precepto legal contenido en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil. En los hechos de la demanda que atrás se citan, se afirma:

"6º). El trabajador tenía como sede la ciudad de Bucaramanga, pero tenía que viajar por lo menos 15 días continuos al mes, reconociéndole viáticos por ello.

"7º). Duarnte (sic) los 15 días mínimos que duraba fuera de la sede, la Empresa le reconocía los viáticos durante los domingos y festivos, pero no le pagó el trabajo en dichos días".

Con todo, la falta de apreciación de la prueba de confesión ficta o presunta, respecto de tales hechos, no permite llegar a la demostración del error que el censor anota, porque la afirmación de no haberse pagado la remuneración correspondiente a los días de descanso obligatorio no implica la prueba de la prestación del servicio. Si ello es así, resulta inestimable el dictamen pericial, que, por tratarse de una prueba no calificada por la ley como idónea para fundamentar el error de hecho en la casación laboral, sólo habría podido examinarse por exhibir íntima conexión con la confesión judicial. Aún haciendo caso omiso de esta circunstancia, debe decirse, en gracia de discusión, que el dictamen pericial no establece el hecho de que el trabajador hubiera prestado sus servicios efectivamente en los días domingos y festivos, porque en él simplemente se da noticia de los pagos de viáticos durante tales días, y sobre esa base se procede a liquidar el valor que pudiera corresponder al demandante, con la advertencia, que el mismo perito hace, de que "Estas liquidaciones las he efectuado en caso de que el demandandante tenga derecho al pago de los dominicales y festivos". De otra parte, el hecho del pago de viáticos durante los domingos y festivos no significa la presta-

ción efectiva del servicio y menos autoriza a concluir en la demostración real del mismo. En este sentido se pronunció el ad quem, quien además tuvo en cuenta aspectos probatorios no atacados en la censura, como la confesión judicial del demandante y el testimonio de Carlos Huberto Alvarez, lo que de por sí hace incompleta la formulación del cargo.

Y en lo relativo a la ineficacia de la cláusula segunda del contrato de trabajo, que el recurrente propone, tampoco aparece demostrado el error evidente de hecho en la interpretación del documento que lo contiene. La cláusula en cuestión, dice:

"SEGUNDA. EL PATRONO se obliga con el EMPLEADO a pagar como compensación por su trabajo un salario consistente en:

"a). Una remuneración fija mensual de: TRES MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE ($3.300.00). Suma que cubre el valor correspondiente al trabajo ordinario y a los domingos y festivos no trabajados. EL EMPLEADO gozará del descanso dominical y festivos en los días determinados por la ley. Si por alguna circunstancia el EMPLEADO prestare sus servicios en tales días, no tendrá derecho a sobrerremuneración legal, si tal trabajo no hubiera sido autorizado por escrito únicamente por el PATRONO...".

Como puede verse, la estipulación contractual está en armonía con el estatuto del trabajo, pues reconoce el derecho a disfrutar del descanso en los días domingos y festivos que señala la ley. Si además se dice en el contrato que el patrono no reconoce la sobrerremuneración para el caso en que por cualquier circunstancia se preste al servicio en esos días —subordinado el pago a la autorización escrita del patrono—, el derecho del trabajador no se vulnera ni se restringe en manera alguna, porque conserva la facultad de disfrutar del descanso legal, o, lo que es igual, la prerrogativa de abstenerse de trabajar en días de descanso obligatorio. Además, el Tribunal no absuelve bajo la sola consideración de que no mediara la susodicha autorización escrita, sino porque no se prestó el servicio.

Como el tercer error de hecho indicado por el recurrente dependía de la prosperidad de los dos anteriores, tampoco resulta demostrado. Además, el cargo omite impugnar uno de los soportes del fallo recurrido en cuanto a la decisión sobre el reajuste de prestaciones sociales, pues el ad quem absolvió a la sociedad de esa petición por vía de interpretación de la demanda.

En el cuarto error de hecho que señala el cargo se afirma que el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que la empresa hubiera procedido de buena fe al no pagar el trabajo en domingos y festivos, al igual que el valor de la remuneración por los días de descanso obligatorio. Y en el quinto el casacionista anota que el ad quem no dio por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada se abstuvo de hacer el pago de salarios y prestaciones sociales, por ignorancia de disposiciones legales, por lo cual se hizo acreedora a la indemnización moratoria.

En estos dos errores de hecho de que se acusa la sentencia de segunda instancia, el recurrente pretende deducir la mala fe de la parte demandada de la falta de pago de los conceptos anotados —salarios, remuneración de descansos y prestaciones— y de la ignorancia de la ley imputable al patrono, pero ya se vio que el recurrente no demostró la comisión del error consistente en que el Tribunal no hubiera dado por demostrado que el actor había trabajado efectivamente en dominicales y festivos, ni el relativo al hecho de que el actor devengaba como salario variable viáticos y bonificaciones, por lo cual el tema relativo a si la empresa procedió de buena o de mala fe carece de trascendencia. Debe advertirse también, que la ignorancia de disposiciones legales significa una imputación por violación directa, que es ignorancia o rebeldía contra la norma en la modalidad de infracción directa, y que el patrono no planteó en su defensa el hecho de la ignorancia de la ley. Como por tales medios se pretendía obtener el reajuste de prestaciones sociales —cuestión que también se desestimó— y el pago de la indemnización moratoria, sigue concluir en la falta de mostración de los errores de hecho anotados.

El sexto error de hecho radica, según se expresa en el cargo, en dar por demostrado no estándolo, que el trabajador fue despedido con justa causa, o por el con-

trario, en no dar por demostrado, estándolo, que el despido fue injustificado.

Dentro de las normas que el censor cita como infringidas por el Tribunal sólo guarda relación con este error de hecho el precepto contenido en el aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Ese texto legal se refiere a las justas causas que autorizan al patrono a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. Es preciso advertir, entonces, que en este aspecto la acusación no contiene una proposición jurídica completa, indispensable para la prosperidad del recurso, como lo ha sostenido la jurisprudencia, porque no se presentan como violados el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en donde se consagra el derecho a la indemnización por despido injusto, ni el parágrafo del artículo 7º del mismo decreto, en donde se establece el régimen de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Por lo dicho, 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 objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Pedro Charria Angulo.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

AFILIACION DE LOS TRABAJADORES AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO

La afiliación de los trabajadores al Seguro Social Obligatorio es un deber que han de cumplir los patronos dentro de los términos y condiciones que señalan los preceptos especiales que regulan la materia

La circunstancia de que alguien no aparezca como afiliado en las listas del Instituto no constituye indicio de la inexistencia de contrato de trabajo entre quien alegue estar ligado por un vínculo jurídico de tal naturaleza con un presunto patrono, pues bien puede suceder que este último haya incumplido con aquella obligación frente al Instituto o que en realidad la prestación de servicios de que se trata provenga de un contrato distinto al laboral

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5984).

(Acta Nº 29).

El Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo del 3 de diciembre de 1976, mantuvo las condenas que hizo el **Juzgado de primera instancia** contra la firma **"Procesadora de Leches S. A."** en el juicio laboral que le promovió la señora **María de Jesús Alvarez Gómez.**

"Proleche" recurrió entonces en casación para impetrar que se deje sin efecto aquel fallo, se revoque el del primer grado y se le absuelva integralmente de las súplicas del libelo, por entender que entre ella y la señora Alvarez no existió contrato de trabajo sino una relación mercantil.

En su demanda (folios 11 a 20 de este cuaderno) formula dos cargos que merecieron oposición de la contraparte (folios 26 a 30 **ibídem**).

El primero fue planteado así: "Acuso la sentencia recurrida de violación de la ley sustancial a raíz de error de hecho en que incurrió el **ad quem** (sic).

"4. 2. Consiste el error en que el juzgador de segundo grado dio por acreditado, contra la evidencia, la existencia de una relación de carácter laboral entre las partes y, a pesar de estar probado, no vio que la leche de la Empresa que vendía la demandante, se la consignaban para su comercialización, mediante el pago de una comisión, los distribuidores independientes y mayoristas de la sociedad.

"4. 3. El Tribunal cayó en dicho error, porque no apreció el documento de folios 85 vto., y apreció mal las declaraciones de Mario Zabala Villegas (folios 43 y siguientes). Sofía Gómez Carvajal (folios 46 y ss.). Lizardo Ruiz Sernan (folios 48 y ss.). Lucía Arbeláez de López (folios 50 y ss.). Dolly López de Boully (folios 51 vto. y ss.) y Jaime Hoyos Puerta (folios 53 y ss.).

"4. 4. A folios 85 y vto., aparece glosado el siguiente informe del Jefe de la División de Seguros del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional de Antioquia:

"...no se encuentra constancia de que MARIA DE J. ALVAREZ G., haya estado

afiliada al Seguro Social como trabajadora de la Empresa Procesadora de Leches, S. A., 'Proleche' ".

"Este informe que, reitero, no fue tenido en cuenta por el ad quem, constituye un indicio, sino necesario, cuando menos vehemente, de que entre las partes, no existio relación de carácter laboral.

"PROLECHE" es una sólida y prestigiosa empresa antioqueña de la que hay que presumir el conocimiento y el respeto de la ley que obliga a los patronos a inscribir a todos sus trabajadores para el pago de los riesgos que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha asumido. Y si la señora Alvarez G., no aparece anotada en sus registros, con la fuerza probatoria del indicio resultante del hecho que pasó por alto el Tribunal, unida a la de la presunción comentada, fuerza concluir que ella nunca tuvo esa calidad.

"De donde, el ad quem, al concluir en contrario, incurrió en error notorio y trascendente. Por no haber tomado en consideración, repito, el ameritado documento".

Hace luego el recurrente un extracto de los testimonios de Mario Zabala, Sofía Gómez, Lucía Arbeláez de López y Dolly López de Boully, para continuar así:

"Como se ve al rompe, los anteriores declarantes sólo dan razón de que la demandante vendía leche procesada por la Empresa demandada.

"Y de este juicio de existencia, extraen un juicio de valor, a saber, que la demandante era trabajadora de la sociedad productora.

"Pero lo probante del testimonio, según antigua regla inglesa, no son los juicios de valor que emita el testigo, sino sus juicios de existencia. Salvo el caso de testimonios técnicos, los que, por demás, que confirma la regla, no se aprecian como tales, sino como la pericia.

"Fuera de que, si se examinan con algún detenimiento, que no empece el error de hecho cometido en su apreciación, ponen de presente que ninguno de sus autores conoce el tipo de relación existente entre demandante y demandada, si ésta le daba órdenes o le imponía sus reglas, ni como la remuneraba.

O, en otras palabras,

"Los mencionados declarantes no aportan absolutamente ningún dato de carácter objetivo que contribuya a predicar la existencia de una relación de carácter laboral entre las partes.

"En razón de lo cual, el ad quem, al derivar con ellos dicha conclusión, incurrió en error contra la evidencia y trascendente a la providencia recurrida.

"4. 7. También obran en los autos estas otras declaraciones:

"47. 1. Del señor Jaime Hoyos Puerta, jefe de compras de la sociedad demandada, quien explica que generalmente la Empresa comercializa la leche por medio de distribuidores independientes y, excepcionalmente, por personal subordinado. En el primer sistema, que era el empleado para surtir al barrio Buenos Aires, en donde la demandante tenía su expendio, el distribuidor mayorista, propietario de un vehículo, retiraba la leche de la Empresa y la consignaba para la venta a quien él mismo seleccionaba y el minorista liquidaba con dicho distribuidor mayoritario las comisiones y le hacía las devoluciones, según el caso. (Vid. folios 53 y ss.).

"47. 2. En el mismo sentido declara a fls. 48 y ss., Lizardo Ruiz Serna y conforma, en parte, Sofía Gómez Carvajal a fl. 46 vto.:

"Cuando a veces le sobraba leche, los carros de 'Proleche' se la llevaban...".

"4. 8. Como se ve, también con estas declaraciones queda en claro que, entre demandante y demandada, no existió ese elemento esencial a la tipificación como laboral de la relación personal, esto es, la subordinación o dependencia.

"Por el contrario, dichos declarantes ponen en evidencia que el sistema de comercialización utilizado por la Empresa, según regla general que no encuentra excepción en los autos, utiliza distribuidores y consignatarios independientes, a términos de los artículos 968 y 1377 y siguientes del Código de Comercio que nos rige ahora. En el suministro, que implica la distribución, una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, pero en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas y servicios, independencia que no pugna con las condiciones a que deben someterse las partes. Y, en el de consignación o estimatorio,

una persona llamada consignante, corrijo, consignatario, contrae la obligación de vender mercancía de otra llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste. Al consignatario se le puede limitar la facultad para fijar los precios de los productos. Si tal cosa sucede, su contraprestación consistirá en una comisión o porcentaje", tipo éste al que más se acerca la relación entre demandante y demandada, pero que no da derecho a reclamación alguna por la vía escogida por aquélla.

"4. 9 "..... . "**Subordinación** y **dependencia** son términos sinónimos que indican sometimiento, sujeción, orden superior o mandato del más fuerte o más capacitado. Sin embargo **dependencia** es más amplio y flexible y conlleva la idea jerárquica de lo militar como **subordinación**. Pero la legislación y la jurisprudencia de casi todos los países, inclusive del nuestro, emplean dichos vocablos indiscriminadamente. La **dependencia** es esencial para reconocer un genuino contrato de trabajo y como un **hecho** que es, debe ser probado. La **dependencia no se presume** en quien presta un servicio o otra, y la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma la prestación del servicio en la relación contractual. Si la **dependencia** es un **elemento diferenciador** del contrato de trabajo, debe probarse por quien lo afirma y no por quien lo niega". (Cfr. CABANELLAS, Guillermo, 'compendio de Derecho Laboral', tomo I., página 399).

"..... 4. 10 Como consecuencia del yerro de hecho comprobado, el **ad quem violó indirectamente, por aplicación** indebida, los artículos 22, 23, 24, 57, Ley 4ª, 12, 134, 136, 139, 172 a 179, 249, 252, 306 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y **dejó de aplicar** los artículos 3º del Decreto citado y 968 y 1377 del Código de Comercio, igualmente violados de modo indirecto.

"4. 11 Razón por la cual considero que el cargo debe prosperar".

Se considera

La afiliación de lo trabajadores al seguro social obligatorio es un deber que han de cumplir los patronos dentro de los términos y condiciones que señalan los preceptos especiales que regula la materia.

Es así como la inscripción de una persona en la oficina seccional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que geográficamente le corresponda por parte de aquél a quién le preste servicios implica, además de la observancia de un mandato legal, un indicio de que el inscribiente tiene como trabajador subordinado suyo a la dicha persona.

En cambio, la circunstancia de que alguien no aparezca como afiliado en las listas del Instituto no constituye indicio de la inexistencia de contrato de trabajo entre quien alegue estar ligado por un vínculo jurídico de tal naturaleza con un presunto patrono, pues bien puede suceder que este último haya incumplido con aquella obligación frente al Instituto, o que en realidad la prestación de servicios de que se trate provenga de un contrato distinto del laboral. Un hecho esencialmente equívoco no es indicio de nada, y mal puede el sentenciador darle esa equivalencia cuando vaya a decidir un litigio.

Ello es lo que ocurre en el caso sub judice con la certificación de la Caja Seccional de Antioquia del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (fl. 85 v, Cdno. 1º), que el cargo tiene como prueba no estimada por el Tribunal, y que apenas dice que la señora María de J. Alvarez G. no figura entre sus afiliados, lo cual en nada contribuye a esclarecer los hechos controvertidos en el juicio, y menos todavía, sirve como base para predicar que el sentenciador erró de hecho evidentemente, como lo pretende la acusación.

Si de tal documento no surge pues el yerro atribuido al fallador, tampoco es del caso analizar los testimonios a que también alude el recurrente, puesto que ellos no son prueba legalmente aducible en casación para demostrar la existencia de errores de hecho.

No puede entonces prosperar este cargo.

Cargo segundo

Dice así: "Por una errada interpretación de los hechos en la sentencia recurrida, el **ad quem** violó **indirectamente** los artículos 22, 23, 24, 57 Ley 4ª, 128, 134, 138, 139, 172 a 179, 249, 252, 306 y 186 del Código

Sustantivo del Trabajo y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, que aplicó indebidamente.

"413. 1 El juzgador de segundo grado, tras dar por demostrado que la demandante vendía la leche de la sociedad demandada, o mejor que la sociedad demandada le enviaba con sus distribuidores independientes o sus trabajadores dependientes, concluyó que estaba ligada a ella por una relación de carácter laboral.

"Pero esta interpretación de los hechos es profundamente equivocada.

"Es errónea, porque del sólo hecho de vender lo que otro, mediante distribuidores independientes o dependientes le entrega, no se infieren los elementos que hacen presumir el contrato de trabajo, a saber, el servicio personal, la subordinación ni la remuneración y, particularmente aquella, indispensable en la tipificación como laboral de toda relación personal.

"La subordinación o dependencia no es causa exclusiva de que alguien venda para otro lo suyo. Es un indicador equívoco y, en modo alguno, unívoco. Y, a fortiori, puede sostenerse lo mismo.

"413. 2 Claro el error de interpretación de los hechos que el ad quem hizo en la sentencia recurrida, la invalidación de la misma aparece como su consecuencia natural y jurídica. Con los alcances precisados con anterioridad, desde luego. Y como medio para restablecer la vigencia del derecho objetivo o material violado con dicha decisión". (Las mayúsculas y las subrayas son del texto transcrito).

La Sala observa

La interpretación errónea de los hechos demostrados en un juicio no está consagrado por la ley como forma de quebrantar preceptos sustanciales aducible en casación con miras a obtener que se deje sin efecto una sentencia.

Ello basta para concluir que este cargo no merece prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo acusado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA

En cuanto a la causa de la terminación del contrato de trabajo a que se refiere la carta del folio 20, "... la reorganización de nuestro sistema de ventas...", es preciso observar que ella no es justa causa de terminación del contrato y que no tiene relación alguna con la que se ha alegado en el juicio, la sustitución de patrono. De acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del Art. 7º del Decreto 2351 de 1965, no es posible admitir como razón de la terminación la sustitución de patronos alegadas que no es causa de terminación sino motivo de continuidad del contrato, y de allí que la conducta del ad quem se encuentra también en este punto, ajustada a la ley

Los motivos alegados en las misivas aludidas no son causas suficientes para la terminación del contrato de trabajo, pues la reorganización del sistema de ventas o sea la modificación de las comisiones, constituye un cambio de salario que por sí mismo no pone fin a la relación laboral ni al vínculo jurídico

ERRORES DE HECHO

De las pruebas analizadas, que el censor presenta como mal apreciadas por el ad quem, no se desprende ninguno de los errores de hecho alegados, ya que tales probanzas demuestran que la relación de trabajo no tuvo interrupción alguna, sino que se mantuvo desde el 2 de Enero de 1967, hasta el 31 de diciembre de 1973 sin alteración alguna, como resulta especialmente de las liquidaciones de las prestaciones sociales, donde se ve que el trabajo fue continuo entre las fechas indicadas. Aunque el 13 de Noviembre de 1970 y el 13 de Noviembre de 1972 se hicieron manifestaciones sobre la terminación del contrato y se liquidaron y pagaron prestaciones, lo cierto es que el trabajador no dejó de prestar servicios un solo día, por lo cual la relación laboral no se interrumpió

De todo lo anterior resulta que no fueron demostrados los errores de hecho en que se apoya el cargo ni los argumentos en que se detiene el largo alegato del recurrente

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5940).

(Acta Nº 27).

Alfredo Garrido López, mayor de edad, vecino de Cali, indentificado con la cédula de ciudadanía Nº 2'435.904 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado a la Importadora Ultramar representada por su propietario señor Fernando Cadavid M., para que fuera condenada a pagarle $ 130.916.22 por descanso dominical y en días festivos, $ 30.000.00 por sueldo básico no pagado, $ 132.000.00 por salarios insolutos, $ 53.245.36 por reajuste de auxilio de cesantía, el reajuste por primas de servicios, el reajuste por vacaciones, $ 51.557.83 como indemnización por despido, y el valor de la indemnización por falta de pago.

Los hechos en que se apoyó el libelo fueron:

"1º El señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ comenzó a prestar sus servicios al Establecimiento Comercial denominado 'IMPORTADORA ULTRAMAR', de esta ciudad, de propiedad del señor FERNANDO CADAVID M., mayor de edad, vecino de Cali, desde el día 2 de enero de 1967, mediante contrato escrito de trabajo, de duración indeterminada, servicios que prestó bajo la continuada dependencia y subordinación jurídica del Establecimiento nombrado y/o de su propietario, en forma continua e ininterrumpida, desde la fecha atrás dicha, hasta el día 29 de diciembre de 1973, desempeñando el cargo de Vendedor de los productos distribuidos por la empresa dicha y con la obligación de cobrar la cartera correspondiente a las ventas por él realizadas.

"2º Como retribución de sus servicios la Empresa 'IMPORTADORA ULTRAMAR', de propiedad del señor FERNANDO CADAVID M., pagaba al señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ, un salario variable mixto, liquidado por el sistema de comisiones, calculadas estas sobre el monto de las ventas mensuales que mi poderdante hiciera, más QUINIENTOS ($ 500.00) PESOS MONEDA CORRIENTE, básicos mensuales, salario que, durante el último año de servicios, ascendió a la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON 23/100 ($ 6.674.23) moneda corriente, mensuales, no incluyendo en esta cantidad de dinero el valor correspondiente a la comisión por concepto de la cobranza realizada, la cual se pactó entre Empleador y Empleado en un uno por ciento (1%), pues que el empleador en los cinco (5) últimos años no pagó a mi cliente el salario o comisiones correspondientes por este último concepto.

"3º Mi poderdante trabajó en forma continua e ininterrumpida, como vendedor y cobrador de 'IMPORTADORA ULTRAMAR', de propiedad del señor FERNANDO CADAVID, de esta ciudad, en la zona de Cali, desde la fecha 2 de enero de 1967, hasta el 31 de diciembre de 1973, fecha esta última en que, sin justa causa, en forma ilegal y por decisión unilateral del empleador o Empresa, se dio por terminado el Contrato de Trabajo que a éstos los ligaba, según carta de noviembre 19 de 1973, que anexo.

"4º 'IMPORTADORA ULTRAMAR', de propiedad del señor FERNANDO CADAVID M., no reconoció, no liquidó ni pagó a mi poderdante, señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ, suma alguna de dinero por concepto de la remuneración del descanso legal en días domingos y feriados, durante todo el tiempo de servicios nombrado atrás, no obstante ser mi poderdante acreedor a tal remuneración, en razón de la variabilidad mensual de su salario y tal como lo prescriben los artículos 141, 173, 176, 177 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

"5º La Empresa demandada adeuda a mi poderdante el valor de la Cesantía durante todo el tiempo de servicios, en razón de que aquella violando la prohibición del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no existió autorización de la Regional del Trabajo al efecto, pretendió, digo, satisfacer anualmente esta prestación, mediante una supuesta terminación del contrato de trabajo, cada diciembre. Con-

secuencialmente, tales sumas de dinero las pierde la Empresa y está en la obligación de volverlas a pagar a mi cliente.

"6º La Empresa demandada no ha pagado a mi poderdante en su totalidad las primas de servicio, las vacaciones anuales remuneradas, la cesantía, la indemnización por despido injusto y demás prestaciones, en razón de que no solo no se tuvo en cuenta el valor correspondiente a la remuneración por la cobranza durante los cinco (5) últimos años, en una cuantía aproximada a los DOS MIL DOSCIENTOS PESOS ($ 2.200.00) moneda corriente, mensuales por este concepto de cobranzas; se omitió en la liquidación de las prestaciones sociales el valor correspondiente a la remuneración en dominicales y festivos (artículos 141, 173, 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo) y no se incluyeron los QUINIENTOS PESOS ($ 500.00) moneda corriente, básicos mensuales como sueldo.

"Como consecuencia de todo esto, mi cliente tiene derecho al reajuste de tales prestaciones y salarios; a su pago y al pago de la indemnización prevista en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

El apoderado de la parte demandada se opuso a todas las pretensiones del actor, solicitó absolución por todos los cargos y condena en costas al demandante, propuso excepciones de inexistencia de la obligación carencia de acción o de derecho para demandar, ilegitimidad sustantiva de personería, compensación, prescripción y la genérica.

Los hechos del libelo fueron contestados así:

"AL PRIMERO: Es cierto que el señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ empezó a laborar para IMPORTADORA ULTRAMAR, establecimiento comercial de propiedad del señor FERNANDO CADAVID M., mediante contrato escrito de trabajo, pero no es cierto que sus servicios los hubiese prestado en forma continua e ininterrumpida hasta la fecha aludida por el actor en este hecho. Es cierto que el cargo desempeñado por el demandante fue el de vendedor. Respecto a las obligaciones, ellas deberán ser probadas en el proceso.

"AL SEGUNDO: Es cierto que el señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ percibiera en la empresa IMPORTADORA ULTRAMAR de propiedad de mi mandante, en razón de sus gestiones como vendedor, un sueldo variable representado en una suma fija de dinero más el valor obtenido por concepto de comisiones de acuerdo a las tarifas acordadas entre las partes. No es cierta la afirmación referente al sueldo mensual percibido durante el último año de servicios, tampoco es verdad como pretende el demandante establecerlo, que en el sueldo no se incluyera el valor de las comisiones por cobranzas realizadas. Al actor le corresponde probar en el presente juicio, el resto de las afirmaciones aludidas en este hecho.

"AL TERCERO. No es cierto. La empresa IMPORTADORA ULTRAMAR no despidió al señor GARRIDO como erróneamente se afirma en este aparte de la demanda, pues existen numerosas pruebas con las cuales fácilmente se puede demostrar que el señor demandante está equivocado en sus afirmaciones. La carta aludida de fecha 19 de noviembre de 1973, que se acompañó con la demanda no fue sino el resultado de una serie de operaciones de carácter comercial efectuadas entre IMPORTADORA ULTRAMAR y la firma JAMES JARAMILLO R. & CIA. LTDA., plenamente conocidas y aceptadas por el señor ALFREDO GARRIDO, quien precisamente y por considerar mejores oportunidades económicas para laborar, pasó automáticamente a desempeñar sus funciones como vendedor en la empresa JAMES JARAMILLO R. & CIA. LTDA., aceptándose lo anterior, como una típica sustitución patronal regida por el artículo 67 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. El señor ALFREDO GARRIDO, al querer hacer uso de la carta ya indicada como constitutiva de despido, está obrando maliciosamente y con el solo objeto de lograr un enriquecimiento sin causa. A través del juicio, se demostrará hasta la saciedad la temeridad del actor al pretender indemnización por un supuesto despido.

"AL CUARTO. Las partes en el contrato de trabajo, pactaron con suma claridad, que el sueldo consistiría parte en una remuneración fija y parte en comisiones, las cuales se liquidarían mensualmente. Si lo anterior es cierto, se colige entonces que en esa retribución mensual, al tenor de cla-

ras disposiciones sustantivas laborales, quedaba incluida la remuneración por concepto de dominicales y festivos. El mismo actor expresa que 'el salario' mensual era variable, siendo por lo tanto el equivalente al trabajo de cada uno de los meses en los cuales quedan lógicamente, contemplados los días festivos y domingos, todo ello acorde con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: 'En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado'.

"AL QUINTO. No es cierto. El actor en forma temeraria olvida que por petición de él y para una operación de compra de bien inmueble, obtuvo autorización legal del Ministerio del Trabajo para el pago parcial de su cesantía, lo que realmente aconteció por Resolución número 37863 del 29 de septiembre de 1970, la que oportunamente se allegará al juicio. Por lo anterior, no es cierto lo afirmado por el demandante sobre presuntas violaciones de IMPORTADORA ULTRAMAR y de su propietario señor FERNANDO CADAVID M., al Código Sustantivo del Trabajo. Parece que el señor GARRIDO, con la presente demanda, lo único que quiere es obtener un enriquecimiento indebido.

"AL SEXTO. No es cierto. La empresa que represento durante la vigencia del contrato de trabajo que la ligó con el demandante señor GARRIDO LOPEZ, le pagó a éste, de acuerdo con la ley, lo que le adeudaba por concepto de PRIMAS DE SERVICIO, VACACIONES Y CESANTIA, y como no lo despidió, tal como él lo afirma, mi mandante no tiene obligación de pagarle suma alguna indemnizatoria. Igualmente le canceló lo que se le adeudó por remuneración de servicios. El resto de las afirmaciones indicadas por el demandante, tendrá que demostrarlas plenamente en este juicio".

El Juez Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia de 6 de abril de 1976, absolvió a Importadora Ultramar de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda del señor Alfredo Garrido López y condenó en costas a la parte demandante. El apoderado del actor apeló de la providencia de primer grado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de 5 de noviembre de 1976, revocó la sentencia apelada y en su lugar condenó a la demandada a pagar a Alfredo Garrido López $ 47.395.38, por cesantía, $ 12.111.34 por vacaciones, $ 42.482.55 como indemnización por despido, y las costas de la primera instancia, absolvió de los demás cargos y no hizo condenación en las costas de la segunda instancia. El apoderado de Importadora Ultramar interpuso contra el fallo del ad quem, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Está presentado en un solo cargo con base en la primera causal de casación laboral. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El recurrente pretende que se case totalmente el fallo recurrido, para que se confirme el proveído de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante.

El cargo

Está presentado en la siguiente forma:

"Acuso la sentencia impugnada por la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, parcialmente modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, por vía indirecta, y por aplicación indebida a causa de errores de hecho provenientes de falta de apreciación de unas pruebas y apreciación errónea de otras, de las siguientes normas sustantivas laborales: Artículo 61 ordinal h); artículos 22, 23, 37, 47, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 5º, 6º, 8º, 14, 18 del Decreto 2351 de 1965 adoptado como Ley por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y artículo 254 del Código Sustantivo de Trabajo. Artículos 213, 219, 220, 226 del Código de Procedimiento Civil y por haber dejado de aplicar, siendo aplicables al caso controvertido, los artículos 1714 del Código Civil, artículos 55, 249 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 217 del Código de Procedimiento Civil.

"Los errores de hecho en que incurrió el H. Tribunal, son los siguientes:

"1º) No dar por demostrado, estándolo, que la relación laboral que existió entre ALFREDO GARRIDO LOPEZ y la empresa IMPORTADORA ULTRAMAR, sufrió varias interrupciones motivada por la cancelación unilateral de la misma por parte de la Empresa demandada;

"2º) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo iniciado entre las partes el día 2 de enero de 1967, terminó por decisión empresarial comunicada al demandante el 13 de noviembre de 1970;

"3º) No dar por demostrado, estándolo, el pago de prestaciones sociales y salarios del demandante efectuado por la empresa el día 2 de enero de 1971, como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo; y

"4º) Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo de ALFREDO GARRIDO LOPEZ fue uno solo y no sufrió interrupción desde el 2 de enero de 1967 al primero de enero de 1974.

"Las pruebas erróneamente apreciadas que llevaron al Tribunal a incurrir en los errores de hecho antes mencionados, son los siguientes:

"a) Contrato de trabajo celebrado entre las partes el día 2 de enero de 1967 y que obra a folios 13 y 177 del cuaderno principal;

"b) Carta de noviembre 13 de 1970 enviada al señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ por FERNANDO CADAVID M., y en razón de la cual se da el preaviso para la terminación del contrato de trabajo, informándosele que no será renovado a partir del 2 de enero de 1971;

"c) Liquidación de prestaciones sociales efectuadas por la empresa al señor ALFREDO GARRIDO por el tiempo comprendido entre el 2 de enero de 1967 y el 2 de enero de 1971, la cual obra a folios 15 y 81 del expediente;

"d) Comprobante de cheque Nº 3629 por la suma de CATORCE MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS ($ 14.576.62) de enero 13 de 1971 que obra a folio 80 del expediente;

"e) Comunicación de noviembre 13 de 1972 enviada a ALFREDO GARRIDO LOPEZ por IMPORTADORA ULTRAMAR.

"f) Liquidación de contrato de trabajo de ALFREDO GARRIDO LOPEZ que obra a folio 82 del expediente;

"g) Comprobante del cheque Nº 11710, por la suma de $ 21.387.55 y correspondiente al pago de prestaciones sociales del demandante; obrante a folio 83;

"h) Liquidación de contrato de trabajo del señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ, vigente entre el primero de enero de 1972 y la fecha de terminación del contrato, o sea el 31 de diciembre de 1973;

"i) Declaración de LUIS CARLOS GONZALEZ;

"j) Declaración o testimonio de ROBERTO NARANJO;

"Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal, son las siguientes:

"a) Dictamen pericial rendido por la señorita CARMEN GALVEZ JIMENEZ, de fecha 3 de noviembre de 1975 y obrante a folios 172 a 174 del expediente;

"b) Declaración del señor JAMES DE JESUS JARAMILLO, de fecha 3 de julio de 1975;

"c) Comunicación de noviembre 15 de 1973 enviada a la firma IMPORTADORA ULTRAMAR por la empresa JAMES JARAMILLO & COMPAÑIA LIMITADA, que obra a folios 85 y 86 del expediente;

"d) Carta de enero 10 de 1974 dirigida a IMPORTADORA ULTRAMAR y suscrita por el señor JAMES JARAMILLO, que aparece a folio 87;

"e) Comunicación enviada por JAMES JARAMILLO R. & CIA. LTDA., al señor ALFREDO GARRIDO LOPEZ, de fecha abril 29 de 1974".

En la demostración del cargo, el recurrente examina los testimonios de Roberto Naranjo Ortiz y Luis Carlos González, para concluir que el primero es sospechoso por tener interés en un litigio suyo contra la misma sociedad demandada, y que el segundo no presta mérito sobre la continuidad del contrato de trabajo de Alfredo Garrido López, porque el testigo solamente ingresó a la empresa en julio de 1971, ni sirve para establecer liquidaciones anuales, porque el declarante afirmó que desconocía

ese hecho; alega el impugnante que el 2 de enero de 1967 se inició un contrato de trabajo que terminó el 2 de enero de 1971, por carta de 13 de noviembre de 1970, que se hizo la liquidación de prestaciones y se le pagó al trabajador el saldo debido, previa deducción de un anticipo de cesantía que se le había cubierto, todo lo cual fue aceptado por el trabajador; de los hechos indicados deduce que está demostrada la terminación del contrato porque no se puede desconocer la voluntad de terminar, lo que apoya en jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, que cita, ni la aceptación de la liquidación por parte del trabajador y el recibo del saldo.

Asevera el acusador que en enero de 1971 se inició nuevo contrato "...que seguramente estuvo rodeado de situaciones resultantes de la ampliación y reorganización empresarial de su departamento de ventas, las que indudablemente generaron nuevos acuerdos económicos reflejados en la forma y términos de prestación del servicio, ampliación de los renglones o productos para la venta, regulación de comisiones y sobre otros puntos básicos propios de la contratación laboral...".

Afirma el censor que el segundo convenio estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1972, en que terminó según la comunicación de noviembre 13 del mismo año, que se realizó la liquidación de prestaciones, el pago de ellas y el recibo del cheque correspondiente; aduce para este caso las mismas argumentaciones que expuso en cuanto a la situación anterior y cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Arguye el atacante que el dictamen pericial señala las modificaciones que sobre las condiciones de venta tuvieron lugar con la terminación de un contrato y la celebración del último, pero que ese dictamen no fue tenido en cuenta por el sentenciador; insiste en que hubo tres contratos, en que las liquidaciones no lesionaron los derechos del trabajador; advierte que la terminación del último contrato unida a lo expresado por James de Jesús Jaramillo y lo dicho en las cartas entre las dos empresas, demuestra que no hubo despido sino sustitución de patronos; y termina alegando compensación en cuanto al anticipo de cesantía pagado, prescripción en cuanto a los derechos emanados del primer contrato y buena fe por las terminaciones de los convenios.

Se considera

El documento del folio 177, cuya copia está al folio 13, del primer cuaderno demuestra que el señor Alfredo Garrido López fue contratado para trabajar con Importadora Ultramar desde el 2 de enero de 1967 sin término fijo de duración y mediante salario consistente en comisiones pactadas.

La carta de folio 14, de fecha noviembre 13 de 1970, contiene la manifestación de voluntad de Fernando Cadavid M., propietario de Importadora Ultramar, sobre la terminación del contrato de trabajo a término indefinido con el señor Alfredo Garrido López, a partir del 2 de enero de 1971, por reorganización.

La liquidación de folio 81, cuya copia está al folio 15, contiene la cesantía por los cuatro años comprendidos entre el 2 de enero de 1967 y el 2 de enero de 1971, las vacaciones de 2 años y la prima de servicios de un semestre; en ella se hace la deducción de una cesantía anticipada, y el trabajador declara haber recibido los valores liquidados, no tener lesión contraída como consecuencia de los servicios prestados, y no tener reclamo si la liquidación se ha efectuado conforme a "los reglamentos del Código Sustantivo del Trabajo".

En el folio 80 aparece un comprobante según el cual Alfredo Garrido recibió en 13 enero de 1971, el cheque correspondiente al valor de la liquidación anterior.

La carta del folio 18, de 13 de noviembre de 1972, contiene la manifestación de voluntad de Fernando Cadavid M., propietario de Importadora Ultramar, de que el 31 de diciembre del mismo año, el contrato de trabajo con Alfredo Garrido López quede sin vigencia por reorganización de sistemas de ventas y de personal.

La liquidación que aparece al folio 82 se refiere a la cesantía por el tiempo trabajado entre el 1º de enero de 1971 y el 31 de diciembre de 1972, a vacaciones y a reajuste de prima de servicios.

El comprobante del folio 83 demuestra que el 31 de diciembre de 1972, Alfredo Garrido López recibió el cheque por la

cantidad a que se refiere la liquidación anterior.

La liquidación de folio 84 comprende la cesantía y las vacaciones correspondientes a los servicios por el año de 1973 y la nota de recibo del valor liquidado, firmado por el trabajador.

De las pruebas analizadas, que el censor presenta como mal apreciadas por el ad quem, no se desprende ninguno de los errores de hecho alegados, ya que tales probanzas demuestran que la relación de trabajo no tuvo interrupción alguna, sino que se mantuvo desde el 2 de enero de 1967 hasta el 31 de diciembre de 1973 sin alteración alguna, como resulta especialmente de las liquidaciones de las prestaciones sociales, donde se ve que el trabajo fue continuo entre las fechas indicadas. Aunque el 13 de noviembre de 1970 y el 13 de noviembre de 1972 se hicieron manifestaciones sobre la terminación del contrato y se liquidaron y pagaron prestaciones, lo cierto es que el trabajador no dejó de prestar servicios un solo día, por lo cual la relación laboral no se interrumpió.

Los testimonios de Luis Carlos González y de Roberto Naranjo que el recurrente señala como indebidamente apreciados, no pueden servir de base a una acusación por error de hecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, ni en el caso presente es una prueba apreciable por no haberse demostrado error en cuanto a la apreciación de los documentos, según lo tiene aceptado la jurisprudencia. Lo mismo ocurre con el testimonio de James de Jesús Jaramillo y con el dictamen pericial, como también con las comunicaciones que aparecen de folios 85 a 88, las cuales provienen de terceros y siendo documentos declarativos sólo pueden apreciarse como testimonios, según el inciso segundo del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de las comunicaciones de los folios 14 y 18, el contrato de trabajo no terminó en las fechas señaladas por las mencionadas cartas, porque según la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la relación de trabajo personal hace presumir el contrato de trabajo, y en el presente caso esa relación fue continua entre el 2 de enero de 1967 y el 31 de diciembre de 1973, luego ha de concluirse que el contrato de trabajo tuvo la misma duración.

Los motivos alegados en las misivas aludidas no son causas suficientes para la terminación del contrato de trabajo, pues la reorganización del sistema de ventas o sea la modificación de las comisiones, constituye un cambio del salario que por sí mismo no pone fin a la relación laboral ni al vínculo jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, citada por el impugnador, no es aplicable al presente caso, porque ella se refiere a una terminación por mutuo consentimiento que luego se quiere hacer aparecer como despido, y en el caso actual se alega la terminación por despido cuando está demostrada la continuidad del servicio.

Tampoco se demostró que su servicio prestado desde el 2 de enero de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1972 o el prestado durante el año de 1973 fuese de tal manera distinto que no se pudiera comprender dentro del mismo contrato de trabajo, que como se sabe, admite en virtud del jus variandi, modificaciones en el servicio, que no alteren la esencia del mismo a la naturaleza del trabajo.

Alega el atacante que las liquidaciones no causaron perjuicio al trabajador, pero no se trata de que se necesite demostrar la lesión económica sino de que si se obra contra lo dispuesto por la ley, se produce una lesión jurídica que en este caso está sancionada con el pago a que condenó el ad quem por concepto de cesantía.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el acusador cita, exige como se ve del mismo texto por él transcrito, que haya realmente un contrato distinto, para que pueda admitirse que dentro de una relación laboral puedan encontrarse interrupciones, porque si los dos contratos son en esencia diferentes, las relaciones laborales como las jurídicas no serán únicas sino varias.

Pero la misma sentencia citada por el recurrente dice más adelante:

"Tampoco desconoce la Sala la posibilidad de que, en algunos casos, la parte patronal, independientemente o en connivencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema de celebrar contratos

de trabajo que se dan por terminados luego de un tiempo, aduciéndose motivos solo en apariencia legales, para volver a celebrar otros, que se ejecutan sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de eludir trámites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludible cumplimiento". (Gaceta Judicial T. XCIX, página 553).

A esta conducta se acomodó el sentenciador de segundo grado cuando en la sentencia acusada dijo:

"En cuanto a lo primero, el a quo legaliza por no estar prohibido, el eslabonamiento sucesivo de contratos aun cuando sean distintos unos de otros. Pudiéramos aceptarlo, si no fuera por las dudas y sospechas que suscita ese procedimiento. Es natural imaginar que en eventuales circunstancias, escasas por cierto, se precisa de una terminación contractual que a la postre se ve forzada a la revinculación del trabajador.

Pero ello ciertamente no constituye patrón regularizado, ni mucho menos modalidad auspiciada por la jurisdicción, dadas sus presumibles finalidades inconfesables y hasta torticeras. Es posible adoptarla merced a la evaluación de esas circunstancias y principalmente dadas las necesidades del servicio, que obviamente significan tiempo, así sea este breve para pulsarlas. Pero sorprende que sin mediar solución de continuidad, se sucedan entre las mismas partes y para los mismos quehaceres, contrataciones de la misma índole, que no responden a explicación de fondo y sólo se justifican por 'organización diferente', 'plan de reorganización', 'reorganización de sistemas', bien distantes de verdaderas y legales causas".

En cuanto a la causa de terminación del contrato de trabajo a que se refiere la carta del folio 20, "... la reorganización de nuestro sistema de ventas...", es preciso observar que ella no es justa causa de terminación del contrato y que no tiene relación alguna con la que se ha alegado en el juicio, la sustitución de patrono. De acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, no es posible admitir como razón de la terminación la sustitución de patronos alegada que no es causa de terminación sino motivo de continuidad del contrato, y de allí que la conducta del ad quem se encuentre también en este punto, ajustada a la ley.

En cuanto a la excepción de compensación alegada por el recurrente, se tiene que la autorización administrativa para la liquidación y pago parcial de cesantía, no fue demostrada, ya que la solicitud consignada en la carta del folio 79 no aparece aprobada porque el sello correspondiente no se encuentra firmado por el funcionario.

Por lo que hace a la prescripción que alega el impugnador, se advierte que ella supone la terminación del contrato en enero de 1971, pero como tal hecho no quedó establecido en el proceso según lo analizado anteriormente, no es procedente esa excepción.

De todo lo anterior resulta que no fueron demostrados los errores de hecho en que se apoya el cargo ni los argumentos en que se detiene el largo alegato del recurrente.

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 cinco de noviembre de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio seguido por Alfredo Garrido López contra Importadora Ultramar.

Sin costas por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Pedro Charria Angulo, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO

El contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, requiere la observancia de requisitos imprescindibles, cuales son la indicación de la naturaleza de las actividades laborales contratadas y de que su contenido consta por escrito, de manera que la ausencia de tales formalidades propias de él hace que la convención se estime celebrada a término indefinido, pues solamente se estipuló como fin reemplazar a otra trabajadora, y por lo tanto, era obligado ceñirse a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que regulan esta última modalidad de contratación individual

Falta de técnica

El censor se limita a plantear la infracción directa, por falta de aplicación de la ley respecto del grupo de normas que regulan las vacaciones, cesantía y primas de servicio. El cargo así propuesto aparece mal dirigido, porque la infracción directa es ignorancia o rebeldía contra la ley, y en el presente caso el sentenciador sí aplicó las disposiciones anteriormente citadas, pero dándoles un entendimiento determinado que bien significarían un motivo de interpretación errónea como razón de la infracción que había podido promover el recurrente

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

(Radicación Nº 4909).

(Acta Nº 27).

Martha Lucía Ramírez, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con la C. C. Nº 41'437.463 de Bogotá, solicitó por medio de apoderado que se condenara al **Banco del Comercio** a pagar a la actora salarios insolutos, auxilio de cesantía, vacaciones, primas legales, convencionales y extralegales, "cuarenta y cinco días (45) de salarios correspondientes a la indemnización unilateral del contrato de trabajo sin justa causa", la indemnización del Art. 65 del C. S. del T. "El valor de los gastos en que incurrió mi poderdante por concepto de médicos, clínicas y drogas que no fueron atendidos por el I. C. S. S., ni por el Banco" y las costas del juicio.

Los hechos expuestos en apoyo de las peticiones indicadas, fueron:

"1º) La señorita Martha Lucía Ramírez fue contratada por el Banco del Comercio para prestar sus servicios personales como EMPLEADA a partir del 1º de octubre de

1968 'para reemplazar a la señorita Martha (sic) Suárez quien fue trasladada a la oficina principal'.

"2º) El Banco se obligó a pagarle a mi poderdante la suma de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales.

"3º) Mi poderdante prestó sus servicios personales desde el 1º de octubre de 1968 hasta el mes de mayo de 1969 cuando el Banco la despidió sin causa justificada sin pagarle la indemnización por incumplimiento del contrato y sin observancia a lo que consagra el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965.

"4º) Cuando mi poderdante fue despedida se encontraba incapacitada por haber sufrido un accidente profesional el 14 de noviembre de 1968.

"5º) El Banco no le prestó toda la asistencia médica quirúrgica y hospitalaria a que estaba obligado legalmente.

"6º) A mi poderdante no se le han pagado hasta la fecha, el auxilio de cesantía, las indemnizaciones, los salarios pendientes ni los demás derechos que por ley le corresponden".

El apoderado del Banco del Comercio, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la demandante y negó la verdad de los hechos sobre los cuales aquélla se fundamenta.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 3 de mayo de 1973, condenó a la parte demandada al pago de $ 1.200.00 por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, declaró probada la excepción de pago respecto del auxilio de cesantía, absolvió de las demás peticiones del libelo e impuso a la entidad bancaria la obligación de pagar el 20% de las costas del proceso.

Apelada esa providencia por el apoderado de la demandante, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en sentencia de 22 de agosto de 1974, confirmó el fallo del a quo y condenó al recurrente al pago de las costas de la segunda instancia.

El apoderado de Martha Lucía Ramírez interpuso recurso de casación contra dicha providencia, el que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a estudiarse teniendo para ello en cuenta la demanda sustentatoria y el escrito de réplica del opositor.

El recurso

El alcance de la impugnación lo determina el recurrente así:

"Pretendo con la presente demanda de Casación, que la H. Corte Suprema de Justicia, CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— en lo referente a los siguientes puntos:

"A) En cuanto confirmó la sentencia de primer grado en lo relacionado con la calificación que hizo del contrato de trabajo de la demandante al considerarlo como celebrado a término indefinido;

"B) En cuanto que, como consecuencia de la anterior calificación confirmó el fallo del a quo que absolvió a la parte demandada de pagar a la demandante como indemnización por despido injusto, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para completar el término fijo de un año a que se había prorrogado el contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 1968;

"C) En cuanto confirmó el fallo del a quo que absolvió a la parte demandada a pagar el valor completo del Auxilio de Cesantía a que tenía derecho por haber estado vinculada con el Banco del Comercio por contrato de trabajo hasta el 31 de mayo de 1969;

"D) En cuanto confirmó el fallo del a quo que absolvió a la demandada a pagar a la demandante el valor de las vacaciones proporcionales al tiempo de vigencia del contrato de trabajo y al valor de la prima legal de servicios a que tenía derecho por el segundo semestre de 1968 y por el primer semestre de 1969;

"E) En cuanto, confirmó el fallo del a quo que absolvió al Banco del Comercio de pagar a la demandante el valor del excedente que ella pagó a la Clínica Palermo y los honorarios del médico doctor HELMER SANCHEZ;

"F) En cuanto que confirmó el fallo del a quo en lo que respecta a declarar probada la excepción de pago en lo relacionado con el Auxilio de Cesantía;

"G) En cuanto que confirmó el fallo del a quo que absolvió al Banco del Comercio de pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En consecuencia, se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia, CASADA TOTALMENTE la sentencia del Tribunal, se constituya en sede Instancia y procesa (sic) a revocar tanto la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de mayo de 1973, como la sentencia de segundo grado dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 22 de agosto de 1974 y en su lugar proceda a hacer las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Que se declare que el contrato celebrado entre MARTHA LUCIA RAMIREZ y el BANCO DEL COMERCIO el día 1º de octubre de 1968, se prorrogó por un (1) año a partir del 1º de noviembre de 1968 por haber continuado la trabajadora laborando después del vencimiento del primer período con la aquiescencia del Banco.

"SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la entidad demandada a pagar el valor de los salarios correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de junio de 1969 al 31 de octubre de ese mismo año, a título de sanción indemnizatoria por rompimiento unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y en forma ilegal.

"TERCERA. Condenar a la entidad demandada a pagar a la demandante el valor del auxilio de cesantía por el tiempo de servicio comprendido entre el 1º de octubre de 1968 al 31 de mayo de 1969, el valor de las primas de servicio correspondiente al segundo semestre de 1968 y el primer semestre de 1969 y el valor de las vacaciones no disfrutadas en tiempo.

"CUARTA. Condenar a la demandada a pagar a la demandante el valor de $ 3.840 que ella pagó como excedente a la Clínica Palermo de Bogotá y la suma de $ 15.000.00 por concepto de honorarios profesionales del doctor HELMER SANCHEZ".

Se observa

Dentro de los requisitos de la demanda de casación que enumera el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, se encuentra el relativo a la necesidad de expresar los motivos o causales del recurso. En el presente caso, el recurrente omite ese señalamiento, pero ha de entenderse que el recurso se propone por la causal primera, como resulta de los planteamientos contenidos en los cargos.

De otra parte, incurre el casacionista en impropiedad al solicitar que el fallo del ad quem sea casado, y, al mismo tiempo, que se revoque, pues es sabido que la quiebra de la sentencia de segundo grado conlleva su infirmación.

Los defectos técnicos anotados no son de tal entidad que imposibiliten el ulterior examen de los cargos, a lo cual procede la Sala.

En procura de su finalidad el recurrente formula cuatro cargos, que se estudian en el orden en que fueron presentados.

Primer cargo

Se enuncia de este modo: "Acuso la sentencia del H. Tribunal de violar indirectamente la ley sustancial por error de hecho originado en la falta de apreciación de varias pruebas auténticas que lo condujo a dejar de aplicar debiéndolo haber hecho, los numerales 2º y 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, el numeral 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1373 de 1966 y el numeral 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y lo llevó, igualmente, a aplicar indebidamente el artículo 5º y el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

El censor, en el planteamiento de este cargo, comienza por decir que el Tribunal consideró el contrato escrito de trabajo de duración indefinida, haciendo caso omiso de otras pruebas que lo habrían llevado a ubicarlo en uno de los casos exceptivos del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1373 de 1966, relativos a los contratos a término fijo.

Expresa el acusador, en acuerdo con el fallador, que la labor de la demandante no

era ocasional o transitoria, pero difiere de él en lo tocante con la valoración probatoria y con la conclusión que de estas extrae el Tribunal. Por lo primero, anota que "está demostrado que fue contratada para reemplazar a una empleada que iba a atender un incremento de trabajo del Banco en la Oficina Central", circunstancia que el censor encuentra demostrada con la confesión judicial contenida en el escrito de contestación a la demanda y con el testimonio de Bertha Suárez, elementos probatorios de los cuales transcribe apartes referentes a la duración del contrato suscrito entre el Banco y la Trabajadora.

Precisa luego el recurrente el alcance demostrativo de la confesión contenida en el escrito de contestación a la demanda y el del testimonio de Bertha Suárez, y dice que de ellos se infiere que la demandante fue contratada para reemplazar a otra trabajadora, desplazada a la Sucursal Central del Banco para atender un incremento de trabajo, por lo cual debía entenderse que el contrato de trabajo se celebró a término fijo menor de un año. De esta argumentación el impugnante deduce la prórroga de ese contrato por el lapso de un año, hasta el 31 de octubre de 1969, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 4º, 3º del Decreto 2351 de 1965 y 1º, 2º del Decreto 1373 de 1966.

El censor concluye el planteamiento expuesto en el cargo refiriéndose a la razón de ser de la violación de la ley en que incurrió el sentenciador de segundo grado, en la modalidad propuesta en el encabezamiento de aquél, reiterando que el error de hecho se generó en la falta de apreciación de las pruebas analizadas.

El opositor, por su parte, apoyado en jurisprudencia de esta Corporación, considera equivocada la manera como en el cargo se propone el concepto de la violación de la ley, anotando que, "si bien es posible la falta de aplicación de unos preceptos como consecuencia de la aplicación indebida de otros, no lo es del mismo modo esta aplicación indebida como efecto de aquella falta de aplicación, que es, precisamente, lo que propone el cargo".

Agrega el opositor que el Tribunal sí hizo uso del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, así como del Art. 43 del C. S. del T., que no menciona el censor, y que las dos disposiciones fueron tenidas en cuenta para descartar la posibilidad del contrato a término fijo inferior a un año. Y agrega: "Esta conclusión fue la que, de modo excluyente, lo llevó a la aplicación del artículo 5º ibídem, para tenerlo como de plazo indefinido, y del numeral 4º del artículo 8º ibídem, para desembocar en la condena de indemnización por despido correspondiente a un vínculo tal; y a la inaplicación del numeral 3º de aquel primer artículo, referente a la renovación de los contratos a término fijo, y del numeral 3º de este último artículo, consagratorio de la dicha indemnización cuando de ellos se trata".

Se observa

Ha sido constante la jurisprudencia de esta Sala el advertir que la noción jurídica de la falta de aplicación de la ley, en la casación laboral, no es un concepto independiente, sino que puede presentarse como modalidad de la infracción directa o de la aplicación indebida, y en esta última no solamente cuando la violación es directa, sino también a través del error de hecho o de derecho.

En el presente caso el cargo propone falta de aplicación de unas normas, a consecuencia de lo cual el Tribunal aplicó indebidamente otras. Con esta modalidad de planteamiento se incurre en la impresición de no determinar si la sentencia infringe la ley por aplicación indebida o por infracción directa, contraviniéndose de esa suerte la exigencia de señalar el concepto de la violación de la norma, como lo requiere el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral.

Con todo, ante estos planteamientos deficientes la Sala ha entendido, y lo hace aquí, que el cargo se propone por aplicación indebida, pues el error de hecho sólo tiene lugar en ese concepto de la violación de la ley. Por consiguiente, se estudiará el cargo.

Se considera

Las apreciaciones de orden probatorio y legal que tuvo en cuenta el Tribunal

para definir el contrato como de duración indefinida, fueron estas:

"En relación al término de duración del contrato de trabajo escrito celebrado entre las partes, cuya copia y original fueron presentados por la parte demandante y demandada, respectivamente, como pruebas a su favor y decretadas como tales, aparece que fue celebrado inicialmente por el término de un mes contado a partir del primero (1º) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), para reemplazar a la señorita BERTHA SUAREZ, quien fue trasladada a la Oficina Principal. Además el contrato se ejecutó conforme a lo pactado, según se acreditó de varias pruebas, entre ellas la demanda y su contestación, interrogatorio de parte a la actora, inspección ocular, etc.

"Como se aprecia el mencionado contrato no lo fue para ninguno de los eventos contemplados en el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 y además por un lapso de un mes, pero como no se trataba de labores distintas de las de actividades normales del patrono no puede considerarse como ocasional, accidental o transitorio —artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo—, por lo cual de acuerdo con la ley su término de duración fue indefinido de conformidad con el artículo 5º del Decreto Ley 2351 de 1965, sin que por lo tanto la carta de prórroga visible al folio 78 de los autos pudiera legalmente modificar dicho término".

Como puede observarse, la conclusión del Tribunal al estimar el contrato de duración indefinida se apoyó en el examen del documento que lo contiene, y en el análisis de otras pruebas, tales como el escrito de demanda y su contestación, en el interrogatorio de parte de la demandante, en la inspección ocular y en la carta de prórroga visible el folio 78. En cambio el impugnador deduce la ocurrencia del error de hecho en la falta de apreciación del testimonio de Bertha Suárez, y en la no apreciación de la confesión judicial de la entidad bancaria contenida en el escrito de contestación a la demanda y del contrato de trabajo.

En efecto, con excepción de la declaración testimonial de Bertha Suárez, el sentenciador si tuvo en cuenta los demás elementos de juicio que el recurrente cita, luego no hubo falta de apreciación de la prueba como se dice en este primer cargo; y, además, la declaración de la testigo mencionada, por sí sola, no puede servir para fundamentar su cargo en casación, ya que el legislador limitó el error manifiesto de hecho en la casación laboral al que se origina en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular (artículo 7º Ley 16 de 1969).

Pero aun cuando el censor no hubiese incurrido en la formulación deficiente ya observada, no le asistiría razón en su alegación. Porque el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 autoriza al patrono y al trabajador para convenir que el contrato de trabajo sea a término fijo, caso en el cual debe constar por escrito y su duración no puede ser inferior a un año ni superior a tres; por excepción a esta regla, el Código permite que las partes acuerden a un término de duración inferior a un año, preceptuando que esto ocurre "... cuando se trate de labores ocasionales o transitorias, de reemplazar temporalmente el personal de vacaciones o en uso de licencia, de atender al incremento de la producción, al transporte o a las ventas, o de otras actividades análogas, circunstancia que se hará constar siempre en el contrato". El Banco del Comercio y la demandante suscribieron el contrato de folios 4 y 5 por el término de un mes, "PARA REEMPLAZAR A LA SEÑORITA BERTHA SUAREZ, QUIEN FUE TRASLADADA A LA OFICINA PRINCIPAL", expresión de la cual no puede inferirse la conclusión de que la finalidad del contrato lo fuera para el desarrollo de alguna de las actividades previstas en el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965. El contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, requiere la observancia de requisitos imprescindibles, cuales son la indicación de la naturaleza de las actividades laborales contratadas y de que su contenido conste por escrito, de manera que la ausencia de tales formalidades propias de él hace que la convención se estime celebrada a término indefinido, pues solamente se estipuló como fin el reemplazar a otra trabajadora, y por lo tanto, era obligado ceñirse a las disposiciones del Código

Sustantivo del Trabajo que regulan esta última modalidad de contratación individual.

Además, para la prórroga del contrato a término fijo inferior a un año no rige aplicar el numeral 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 —como lo dice el impugnante—, pues dicho precepto alude al numeral 1º ibídem, como en orden lógico propio lo contempla el decreto reglamentario de ese precepto, el distinguido con el número 1373 de 1966 en su artículo 1º.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Está formulado así: "Acuso la sentencia del H. Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial por infracción directa originada en la falta de aplicación de los Arts. 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 227 y 277 ibídem y el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, violaciones a que llegó también por falta de aplicación del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo".

En la sustentación del cargo el recurrente critica la sentencia impugnada en un doble aspecto: por el primero, considerar erróneamente que el lapso de incapacidad de la trabajadora —desde noviembre 14 de 1968 hasta mayo 31 de 1969—, no se tienen en cuenta como de servicios prestados para liquidar vacaciones, cesantía y primas de servicio; por el otro, estimar que el auxilio monetario del Art. 277 (C. S. del T.), no es salario. Según el censor, tal apreciación determinó al ad quem a dar por demostrado el pago de la cesantía con la consignación que hiciera el Banco, y a negar las reclamaciones por concepto de vacaciones y primas.

La decisión del sentenciador, en el sentido expresado, constituye en concepto del impugnante, infracción directa de los artículos 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, "los cuales habiéndose debido aplicar dejó de hacerlo con fundamento de una premisa reñida con la ley". Sobre este particular anota el recurrente que la incapacidad para trabajar no suspende el contrato de trabajo, sino que constituye interrupción de la obligación de prestar el servicio, cuando es ocasionada por una enfermedad inculpable al trabajador.

Dice luego el censor que si el Tribunal hubiera dado aplicación al artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en donde se enumeran taxativamente las causas de suspensión del contrato de trabajo, no habría concluido en considerar la cuestión como suspensión del contrato de autos. El anterior aserto lo fundamenta con esta argumentación: la incapacidad para trabajar originada en enfermedad, no es causal de suspensión del contrato, pues en el campo laboral, que sí en el civil, no puede considerarse como un caso de fuerza mayor o un hecho sobreviniente invencible ajeno a la voluntad del agente, sino como simple interrupción de la obligación de prestar el servicio.

Se refiere también el acusador a la naturaleza jurídica del auxilio monetario por enfermedad, el cual considera como salario que se disminuye gradualmente por razones de equidad para con el patrono. Y agrega: "La contraria interpretación hecha por el H. Tribunal en relación con los salarios devengados por la trabajadora durante el lapso de incapacidad de acuerdo con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, la considero equivocada, con lo cual llegó a la conclusión de no aplicar el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo para condenar a la demandada en el valor del Auxilio de Cesantía correspondiente al período de incapacidad".

El opositor, a su turno, reclama la desestimación del cargo, arguyendo que el Tribunal si aplicó, aunque negativamente, los artículos 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y que hizo lo propio con los artículos 127 ibídem y 14-2º del Decreto 2351 de 1965 que el censor no acusa, de donde concluye afirmando que la proposición jurídica no es completa. Explica también las razones por las cuales en concepto de él, el ad quem no aplicó los artículos 277 y 51 del C. S. del T., y expresa que ha debido acusarse la sentencia por el concepto de interpretación errónea de la ley.

Se considera

El casacionista acusa la infracción directa de la ley, originada en la falta de

aplicación de las normas que regulan el derecho a vacaciones, cesantía y prima de servicios, en relación con los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, y 16 del Decreto 2351 de 1965, violación de la ley que también hace depender de la falta de aplicación del artículo 51 del estatuto mencionado. El recurrente sostiene que al examinar el Tribunal las condenas por concepto de vacaciones, cesantía y primas de servicio, hubo de considerar que el período de tiempo durante el cual la trabajadora estuvo incapacitada no debe tomarse en cuenta como de servicios prestados para la liquidación de esas prestaciones.

Como puede verse, el censor se limita a plantear la infracción directa, por falta de aplicación de la ley respecto del grupo de normas que regulan las vacaciones, cesantía y primas de servicio, aunque no comparte las argumentaciones que el Tribunal adujo respecto de los artículos 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. El cargo así propuesto aparece mal dirigido, porque la infracción directa es ignorancia o rebeldía contra la ley, y en el presente caso el sentenciador si aplicó las disposiciones anteriormente citadas, pero dándoles un entendimiento determinado que bien significarían un motivo de interpretación errónea como razón de la infracción que habría podido proponer el recurrente.

Por lo expuesto, el cargo resulta inestimable.

Tercer cargo

Se plantea de la siguiente manera: "Acuso la sentencia del H. Tribunal de violar indirectamente el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo por error de hecho consistente en la falta de apreciación de varias pruebas contenidas en documentos auténticos y no tachados por la contraparte con lo cual se le negó a la trabajadora el derecho a que se le reintegrara el valor por ella sufragado de gastos médicos y hospitalarios que debería haber atendido el patrono". De otra parte, al finalizar el cargo el recurrente dice que el sentenciador violó indirectamente el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 252-3º del Código de Procedimiento Civil.

En el desarrollo del cargo el censor se refiere a los documentos de folios 70 y 155, al dictamen pericial y al testimonio de Alvaro Montes Ruiz.

Respecto al documento del folio 70 manifiesta que se trata de un excedente —de $ 3.840.00—, de la cuenta pagada por el Banco del Comercio, por servicios prestados a la trabajadora en la Clínica Palermo, y que el Banco no pagó. Observa el acusador que el escrito en cuestión fue aportado en el curso de la inspección ocular y que el perito expresó en el dictamen que este valor no había sido cancelado por la parte demandada. El recurrente estima que el documento del folio 70 no fue apreciado por el ad quem, por lo cual absolvió a la entidad bancaria, violando indirectamente el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y en relación con el documento del folio 155 anota el casacionista que corresponde a una cuenta de cobro del médico Helmer Sánchez Hernández por la suma de $ 15.000 por concepto de un tratamiento quirúrgico realizado a la demandante, como consecuencia del accidente sufrido por ella el 14 de noviembre de 1968. Refiriéndose al escrito ya mencionado expresa el censor que, no obstante no haber sido reconocido por su autor, por haber fallecido ha debido tenerse en cuenta pues el testigo Montes Ruiz dio razón de los servicios prestados por el médico firmante en beneficio de la trabajadora y porque el documento fue aportado en la diligencia de inspección ocular sin que el Banco se opusiera a ello o lo tachara en forma alguna. El impugnante considera que el documento del folio 155 no fue apreciado por el sentenciador, el cual por ese medio violó el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

En procura de la inadmisión de este cargo, el opositor le formula tres observaciones. En primer término anota que el reembolso impetrado por la trabajadora no tiene origen legal en el Art. 277 del C. S. del T., sino en el derecho común, por tratarse de una indemnización de perjuicios por incumplimiento de una obligación de hacer, circunstancia por la cual se hacía imperativo acusar la violación de normas

civiles. Por otra parte, critica el concepto de violación de la ley que la censura propone, pues considera que a través del error de hecho o de derecho no puede darse primariamente la falta de aplicación del precepto legal. Además, advierte que el Tribunal sí apreció la totalidad del material probatorio, por lo que mal puede alegarse la falta de valoración de las pruebas enunciadas en el cargo por el recurrente.

Afirma el opositor que los documentos citados en la censura carecen de valor probatorio, por provenir de terceros y no haber sido reconocidos, y, además, por no ser conducentes para acreditar la obligación demandada. Como consecuencia de ello, descarta la posibilidad de pasar al examen de la prueba testimonial.

Finalmente, expresa que el impugnante no alegó la comisión del error por la falta de apreciación del documento del folio 32, que también sirvió de apoyo al fallador, y afirma que el reembolso pretendido no es exigible "porque a la actora le asistía derecho a reclamar al I. C. S. S., los servicios que los generaron y no los reclamó".

Se observa

El casacionista no expresa el concepto de violación del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, si el sentenciador lo infringió por aplicación indebida, interpretación errónea o infracción directa. Sin embargo, se estudia el cargo con apoyo en la tesis expuesta en el primero.

Se considera

Es necesario reiterar, cuando la acusación a la sentencia recurrida se fundamenta en el error de hecho, que este solo puede tener lugar si proviene de la falta de apreciación o de la apreciación equivocada de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular (artículo 7º, Ley 16 de 1969).

El casacionista señala como documento auténtico no apreciado por el Tribunal, el escrito del folio 70, extendido por la Clínica Palermo de Bogotá, en donde se acusa recibo de la suma de $ 3.840.00 entregados por la demandante como excedente por servicios prestados.

Esa pieza procesal no es documento auténtico porque proviene de un tercero y no fue reconocido por su autor. Ni adquiere valor probatorio de plena prueba —como lo reclama el censor—, porque el perito no hubiere encontrado en los comprobantes de contabilidad del Banco el pago de su importe, pues no hay relación de causalidad entre este hecho y la autenticidad del documento. Como tampoco la adquiere por el hecho de haber sido aportado al juicio en el curso de inspección ocular, toda vez que las circunstancias anotadas no exoneran a quien aduce el documento emanado de un tercero de la necesidad de obtener su reconocimiento, según lo prescribe la ley procesal civil.

Además, el documento del folio 70, aun cuando fuera auténtico, no muestra correspondencia alguna entre su texto —excedente por servicios prestados— y lo que pretendía demostrar la parte demandante, o sea los tratamientos hospitalarios en beneficio de la trabajadora, derivados directamente del accidente. Y, de otra parte, es preciso anotar que el perito encontró que la empresa había pagado la totalidad de los gastos hospitalarios, de acuerdo con lo expresado en los documentos de folios 82 y 72, a través de los cuales se acredita que la entidad hospitalaria que le asistió formuló una cuenta discriminada del valor de los servicios y atenciones médicas que le fueron suministrados a la extrabajadora —cuenta con cargo a la demandada—, sin que en ella aparezca ningún excedente por deber, y la cual en su totalidad fue pagada por la dicha demandada.

El documento del folio 155, que también está indicado en el cargo como no apreciado por el sentenciador, es igualmente documento privado pero no auténtico. Ciertamente obró en juicio sin réplica de la parte demandada, mas de ahí no sigue predicar su autenticidad, ni aún con apoyo en el artículo 252-3º del Código de procedimiento Civil, pues el texto de esta disposición rige para el escrito que aporta una parte afirmando estar suscrito o haber sido elaborado por la otra, y de lo que aquí se trata es de un documento proveniente de un tercero.

Habla el recurrente también de la relación que existe entre el testimonio de Alvaro Montes Ruiz con la nota de recibo

que ahora se estudia, para concluir en su autenticidad. Sobre el particular ha de observarse que el dicho de ese declarante alude a los servicios prestados por el médico Helmer Sánchez Hernández en favor de la demandante, los que le parece le pudieron haber sido suministrados en los primeros meses del año 1970, cuando por cierto había concluido la relación laboral, todo lo cual nada demuestra en relación con la autoría del documento, ni con respecto al precio de esos servicios.

En consecuencia, si de los medios de prueba escritos que se dejan analizados no dedujo el ad quem la obligación a cargo del Banco, de pagar los reembolsos reclamados por la trabajadora demandante, queda por fuera de todo examen la cuestión relativa a la exigibilidad de tales acreencias.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

Se propone así: "Acuso la sentencia de infringir la ley sustancial laboral por vía directa originada en la falta de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 186, 249, 277 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo". Precisa el recurrente, además, que "Tal actitud del H. Tribunal configura una violación directa de la ley sustancial laboral por falta de aplicación del artículo 65 ibídem arriba mencionado".

Para demostrar la comisión de la violación de la ley, el impugnante afirma que el Banco dio por terminado el contrato el 25 de febrero de 1969, habiendo consignado $ 139.99 por auxilio de cesantía, contraviniendo de esa suerte el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo. Expresa también que la inspección ocular y el peritazgo demuestran la prestación del servicio entre el 1º de octubre de 1968 y el 31 de mayo de 1969, y agrega que la demandante tenía derecho a un auxilio de cesantía correspondiente a un tiempo de servicio de ocho meses liquidados a razón de $ 825.00 mensuales. Dice además el censor que como el Banco tenía conocimiento de la incapacidad de la trabajadora, no obstante lo cual dio por terminado el contrato el 25 de febrero de 1969, y como no pagó la totalidad de las prestaciones, debe concluirse que obró de mala fe.

Similares argumentos propone el recurrente en relación con la prima proporcional de servicios y las vacaciones. Y expresa, además, que quedó insoluta la obligación de que tratan los documentos de folios 70 y 155.

Por último, el casacionista critica la sentencia del ad quem, por no haber impuesto la condena de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a pesar de estar demostrado que el establecimiento bancario debía primas de servicio, vacaciones, cesantía y gastos médicos y hospitalarios, y sin que existiera demostrada ninguna causal justificativa de su morosidad.

El opositor argumenta que el Tribunal sí dio aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y que lo hizo para absolver; que es improcedente, tratándose de infracción directa, partir de supuestos de hecho distintos de los aceptados por el ad quem, y, además, que la sentencia no condenó a salarios caídos fundada en una cuestión fáctica, atacable sólo por vía indirecta.

Se considera

El Tribunal denegó la condena por indemnización moratoria con el argumento de que el establecimiento bancario no adeudaba salarios ni prestaciones sociales, y porque aparecía acreditada su buena fe, con lo cual claramente se refirió a los presupuestos contenidos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Siendo ello así, no puede afirmarse que el ad quem hubiese dejado de aplicar el artículo 65 por ignorancia del texto legal o por rebeldía contra él, que es lo que constituye la infracción directa de la ley.

Por otra parte, el recurrente se refiere a derechos insolutos que en su concepto se deducen de la apreciación de pruebas. Así, en materia de cesantía, vacaciones y primas, alude a la inspección ocular y al dictamen pericial; y en relación con los gastos médicos y hospitalarios, a los documentos de folios 70 y 155 del expediente. También alude el censor a circunstancias

que en su criterio permiten deducir la mala fe del patrono, como el conocimiento que tuvo de la incapacidad de la trabajadora, la terminación ilegal del contrato y el pago parcial de prestaciones sociales. Todo lo cual significa el planteamiento de errores de hecho, cuyo examen no es permitido hacerlo cuando se propone la acusación por la vía directa.

Además, si para el casacionista aparece demostrada la mala fe, y propone la prueba de un hecho que el Tribunal no tuvo como cierto, introduce una cuestión fáctica que es ajena a los cargos por violación directa de la ley, en donde se supone acuerdo entre el impugnante y el fallador sobre los hechos del proceso.

El cargo, por consiguiente, es inatendible.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso, la proferida el 22 de agosto de 1974 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del juicio ordinario laboral de Martha Lucía Ramírez contra el Banco del Comercio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Pedro Charria Angulo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERROR DE HECHO
(Sustitución patronal)

Para la Sala no se presentó el error de hecho que afirma el casacionista en que incurrió el fallador, al reconocer la sustitución patronal, además que el propio demandante lo confesó al expresar los hechos primero y segundo de la demanda con que se inició el proceso

Escrito que no fue decretado como prueba en el proceso no tiene ningún valor probatorio de acuerdo con la ley

Respecto de que el fallador de segunda instancia dejó de apreciar la documental visible al folio 92, la Sala encuentra que así sucedió, pero que como dicho escrito no fue decretado como prueba en el proceso no podía considerarse en la sentencia, por lo cual el ad quem no incurrió en el error alegado

Ultra o extra petita

La facultad de fallar ultra o extra petita es discrecional del juez de primera instancia quien podrá hacer uso de ella si se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, sin que para ello sea necesario una solicitud en abstracto hecha en la demanda, que resultaría inoficiosa

Remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio

Aparece claramente que la providencia se fundamentó en que el actor no llegó a demostrar el trabajo en días domingos y festivos y en que principalmente recibía remuneración en forma de sueldo y que de conformidad con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, comprendía el pago del descanso obligatorio

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Radicación Nº 5492).

(Acta Nº 29).

El señor **Oscar Romo Cárdenas**, por intermedio de apoderado judicial demandó ante el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín**, a la Sociedad "CARLOS

RICO G. Y CIA. C. S.", con domicilio en esta misma ciudad, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Trabajé al servicio del servicio de la Sociedad 'Carlos Rico G. & Cía. C. S.', desde abril de 1964 hasta el 27 de septiembre de 1974. Advirtiendo que en principio los servicios se le prestaron al señor Carlos Rico G., habiéndose operado la sustitución de patronos en la sociedad ya indicada. 2º El oficio desempeñado fue el de administrador del Almacén 'Rico - Electro' de propiedad de la sociedad demandada. 3º El salario devengado era la suma de $ 3.300.00 mensuales, además de $ 15.00 que diariamente se me suministraban para alimentación. Es de anotar, que, todos los años en el mes de diciembre se me pagaba a título de aguinaldo o participación, por el trabajo efectuado en el año, una suma de dinero, la cual en el último año fue de $ 10.532.00. 4º Las prestaciones sociales no se me liquidaron y pagaron con el sueldo realmente devengado, sino con el de $ 3.000.00 suma muy inferior al salario real. 5º Es de anotar además, que a partir de 1966, y mediante trabajo al contrato el patrono me encomendó el ensamble de sockets para intemperie, mediante contrato a domicilio, el cual realizaba en mi residencia, con los miembros de mi familia. Cada unidad se me pagaba a razón de $ 0.08 hasta 1971 y de éste año en adelante a razón de $ 0.12 la unidad. 6º Este contrato a domicilio me representó en los tres últimos años ingresos adicionales por $ 30.000.00, $ 38.000.00 y $ 25.000.00. Sobre estas sumas no me ha pagado las correspondientes prestaciones sociales. 7º De conformidad con lo antes expuesto, el salario mensual efectivamente devengado por el suscrito ascendía a la suma aproximada de $ 7.500.00. 8º Tenía que laborar y de hecho lo hice en todos los días dominicales y en los festivos, sin que se me remuneraran en legal forma. En estos días trabajaba de ocho de la mañana hasta las dos de la tarde. 9º El contrato de trabajo fue terminado unilateral e ilegalmente por parte del patrono". "PETICIONES. Con base en los hechos expuestos, le solicito que condene a la Sociedad 'Carlos Rico G. & Cía. C. S.', a pagarme las sumas de dinero que me debe por los siguientes conceptos: I) Reajuste de cesantías, vacaciones y prima de servicios, correspondientes a todo el tiempo laborado. II) Dominicales y festivos laborados y no pagados en debida forma. III) Indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. IV) Indemnización por mora en el pago oportuno y completo de las prestaciones sociales. V) Costas del proceso".

Admitida la demanda se corrió traslado de ella a la demandada por el término legal, quien oportunamente por intermedio de apoderado constituido al efecto le dio respuesta, aceptando algunos de los hechos, negando los otros, oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones de prescripción, pleito pendiente, pago y compensación.

Finalizada la primera instancia el Juez de conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de septiembre veintidós (22) de mil novecientos setenta y cinco (1975), en cuya parte resolutiva se lee:

"CONDENASE a la Sociedad 'CARLOS RICO G. & CIA. C. S.', a pagar al demandante OSCAR ROMO CARDENAS, la suma de ONCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 11.756.25) CESANTIAS. Reconócese la excepción de pago parcial por el concepto anterior hasta la suma de $ 8.250.00, valor que podrá deducir la demandada al hacer el pago respectivo. Se declara la excepción de prescripción de las vacaciones del 7 de febrero de 1971 hacia atrás, y las primas de servicios del 7 de febrero de 1972 **ibídem**. Declárase la excepción de prejudicialidad penal, por la petición de indemnización por despido unilateral e injusto. Otras excepciones no se demostraron. Pagará la demandada, el VEINTE POR CIENTO (20%) DE LAS COSTAS. ABSUELVESE a la demandada de los restantes cargos formulados en el libelo demandatorio".

La anterior providencia fue apelada oportunamente por los apoderados de ambas partes en el **Tribunal Superior del DISTRITO JUDICIAL de Medellín, Sala Laboral**, la cual profirió sentencia el seis (6) de febrero de mil novecientos setenta y seis

(1976), confirmando totalmente la de primer grado.

El demandante recurrió oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, habiendo sido replicada dentro del término legal.

El demandante como Alcance de la Impugnación, dijo:

"Se concreta a obtener que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto confirma la de primer grado en lo referente al auxilio de cesantía, dominicales y festivos e indemnización moratoria, para que constituida la H. Corte en Tribunal de instancia, modifique la condena por auxilio de cesantía y en su lugar condene a pagar la suma de $ 67.673.00. Así mismo se pretende la revocatoria de la absolución por dominicales y festivos laborados e indemnización por mora, para que en su lugar se condene por dichos pedimentos, en los demás aspectos deberá ser confirmada la sentencia de primer grado".

Formula el apoderado del demandante tres cargos, así:

Primer cargo

"La sentencia recurrida viola indirectamente por aplicación indebida los artículos 249, 253 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituido este último por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los artículos 65, 67, 68, 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y en relación con los artículos 9º, 13, 14 y 15 del mismo estatuto citado o sea Código Sustantivo del Trabajo, artículos 5º y 6º del Decreto 2351 de 1965 y artículos 20, 78, 56 y 61 del Código de Procedimiento Laboral (Decreto 2158 de 1948). La violación de los preceptos sustantivos antes citados, se produjo por evidentes errores de hecho originados en la errada apreciación de unas pruebas y en 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 realmente, que los servicios del recurrente entre 1964 y 1974 fueron prestados en forma discontinua e interrumpida. 2º) En dar por demostrado, sin estarlo, que, con la aportación del establecimiento denominado 'Almacén Rico-Electro' a la sociedad Carlos Rico G. y Cía. C. S., se presentó la figura jurídica de la sustitución patronal. 3º) En dar por demostrado, sin estarlo, que, los pagos de auxilios de cesantía de febrero 25 de 1966, septiembre 10 de 1970 y diciembre 18 de 1971, fueron hechos en forma legal. 4º) En no dar por demostrado, estándolo, que Oscar Romo C. trabajó al servicio de Carlos Rico G., desde abril de 1964 hasta septiembre de 1974 o que por lo menos en ese lapso, estuvo vinculado, en forma continua e ininterrumpida. 5º) En no dar por demostrado, estándolo, que las presuntas desvinculaciones que figuran en los autos y a las cuales se refiere la sentencia, fueron simuladas y en fraude a la ley. 6º) En no dar por demostrado, estándolo, que el promedio mensual de salarios, o más claro, el promedio mensual de remuneración, en el último año de servicios fue la suma de $ 6.505.33 (salario, más dinero para alimentación, más aguinaldos, etc.). 7º) En no dar por demostrado, estándolo, que el patrono obró de mala fe, cuando afirma en la respuesta a la demanda y en la liquidación última de prestaciones sociales que Romo sólo ganaba $ 3.000.00 al no contabilizar todos los pagos hechos al demandante, violando la obligación legal de llevar contabilidad en debida forma (artículo 19 Código de Comercio), al hacer lista negra, violando el artículo 59, numeral 8º del Código Sustantivo del Trabajo, y al no presentar todos los libros en la inspección ocular. Las pruebas mal apreciadas son: A) Escritura Pública 2957 de septiembre 1º de 1970 de la Notaría Primera de Medellín (folios 11 a 16). B) Actas de conciliación de folios 21 y 23 y documentos de folios 24, 25, 40, 42, 43, 44, 45 y 46. C) La diligencia de inspección ocular que obra de folios 54 a 55. D) La confesión hecha por el señor apoderado de Carlos Rico G., al formular la segunda pregunta del interrogatorio, en cuanto descarta la desvinculación de febrero 25 de 1966. E) La confesión hecha por el demandado al responder el interrogatorio de folios 63 y siguientes especialmente al responder las preguntas 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 14 y 18. Además se dejaron de apreciar los documentos de folios 5 y 92. Es especialmente importante el documento de folios 5 en

cuanto contiene certificación patronal sobre tiempo servido de abril de 1964 a septiembre de 1974. Si el H. Tribunal hubiera apreciado correctamente la escritura de folios 11 a 16 hubiera concluido que el fenómeno de la sustitución patronal era inexistente, puesto que realmente no hubo cambio de patrono, ya que don Carlos Rico siguió en tales condiciones, como socio gestor, con absoluto dominio económico y de mando. Por consiguiente los pagos hechos bajo ese pretexto también eran ilegales. De la misma manera, de haber apreciado el documento de folio 23 correctamente, se hubiera concluido sobre su nulidad, no sólo en su contenido, sino por su forma: Es un acta que se levanta ante el Juzgado Primero Laboral de Medellín, según su encabezamiento y la firma el Juez y Secretario, Cuartos del Trabajo, como aparece en los sellos, suscrita por un apoderado, sin el respectivo poder, que no aparece. Documento que a veces figura como conciliación y en otras como transacción, en contradicción con la norma del artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo. Los informes de afiliación al I. C. S. S., no aparecen firmados por el trabajador esa circunstancia les resta credibilidad o eficacia, lo mismo y por la misma causa que al documento de fl. 40, que si el Tribunal hubiera apreciado correctamente, otra hubiera sido su conclusión. Tan simulados eran los retiros del trabajador, que en la presunta conciliación de folio 23, no contiene o no alude a la de febrero 25 de 1966. Si el Honorable Tribunal hubiera apreciado en forma correcta, los documentos antes singularizados y hubiera tenido en cuenta, es decir, no hubiera ignorado el documento de folio 5, hubiera concluido que, el demandante estuvo vinculado en forma continua e ininterrumpida durante más de 10 años. Igualmente si hubiera tenido en cuenta el documento de folio 92 hubiera concluido, sin mayor dificultad, que todas esas desvinculaciones, excepto la última habían sido simuladas. Si no hubiera el patrono evadido el mostrar el libro 'Borrador de inventarios', según se desprende la inspección ocular, se hubiera confirmado tal conclusión. En este mismo orden de ideas, si se hubiera apreciado correctamente la inspección ocular y la carta de folio 7 (posdata) se hubiera concluido que el promedio de la remuneración del trabajador era muy superior a la deducida por el juzgador de segunda instancia. Era pues o es procedente liquidar cesantías por el lapso comprendido entre abril de 1964 y septiembre de 1974 con el salario de $ 6.505.33, lo cual no se hizo por los ostensibles errores en que incurrió el Tribunal. Como consecuencia de la prosperidad de este cargo, viene la indemnización por mora conforme al artículo 65, tal como se puntualizó al formularlo. La causal de casación que invoco, es la primera de las consagradas en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, en concordancia con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969".

El opositor replicó, así:

"AL PRIMER CARGO: El casacionista pretende acusar la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral de 6 de febrero de 1976 por violar indirectamente por aplicación indebida las normas jurídicas que expresamente cita en este cargo, aduciendo que esas violaciones se produjeron por evidentes errores de hecho originados en la errada apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras, y se limita a una simple enumeración de las pruebas que estima fueron erradamente apreciadas o faltas de apreciación. No se cumple con las exigencias legales en la motivación de los errores de hecho y sólo se limita una larga enumeración de los mismos sin dar aplicación alguna. En el mismo error fáctico se incurre cuando la parte recurrente se limita a identificar las pruebas que considera fueron objeto de errada apreciación o falta de apreciación y no da ninguna razón que sirva de respaldo alguno. El fallador de primer grado obrando en armonía con los preceptos de la sana crítica y del libre convencimiento, analizó una a una las pruebas que se dice se apreciaron mal o que fueron faltas de apreciación, y de ahí que no se hubieran presentado los errores de que se habla, puesto que el fallador de segundo grado acogió plenamente los razonamientos del de primer grado sin modificar en lo más mínimo la sentencia dictada por éste. En muy repetidas ocasiones la Honorable Corte ha exigido como requisito esencial que para que se presente la infracción indirecta de la ley por error de

hecho es esencial que tales errores aparezcan de manera manifiesta en los autos. Para llegar a la convicción tanto el fallador de primer grado como el de segundo, analizaron la prueba testimonial arrimada al proceso y que consistió en las declaraciones de Luis Ernesto González Valencia, María Josefa Torres, Jairo Jaramillo Venegas y Hernán Darío Benjumea. Estas pruebas concurrieron a formar el libre convencimiento con las que se tachan como erróneamente apreciadas o faltas de apreciación, y de ahí que se incurra en falta de técnica al no haberlas siquiera mencionado en la demanda, pues ya esa misma Honorable Corporación ha sostenido lo siguiente: 'En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó, ni tampoco que se haya dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas'. (Casación, abril 9 de 1951, abril 27 de 1959). Los distinguidos comentaristas del Régimen Laboral Colombiano sostienen que sólo hay error de hecho cuando aparece de manera ostensible, protuberante, y se presente a todas luces en contraposición con la realidad y evidencia procesales".

Se considera

Se procede a estudiar la afirmación del recurrente consistente en que a consecuencia de los errores de hecho evidentes en que incurrió el ad quem, debido a la falta de apreciación de algunas pruebas o su equivocada apreciación, lo condujeron a la violación indirecta por aplicación indebida de las normas sustanciales citadas en el cargo.

Manifiesta el casacionista que el fallador de segunda instancia apreció equivocadamente la prueba de confesión de la parte demandada, contenida en la respuesta a la pregunta segunda del interrogatorio de parte —fl. 63 v.— sobre lo cual observa la Sala que lo ocurrido fue que no la apreció. Otro tanto sucede con la documental visible al folio 7 del cuaderno principal, luego la sentencia impugnada no se fundó en dichas pruebas.

Respecto de lo expresado por el recurrente de que el fallador de segunda instancia dejó de apreciar la documental visible al folio 92, la Sala encuentra que así sucedió, pero que como dicho escrito no fue decretado como prueba en el proceso no tiene ningún valor probatorio de acuerdo con la ley y por lo tanto lo sucedido no incide en la sentencia.

Afirma el casacionista que el ad quem apreció equivocadamente la escritura pública Nº 2927 de septiembre 1 de 1970 de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín —fls. 11 al 16 Cdno. 1—, de Constitución de la Sociedad "Carlos Rico y Cía. C. A.", Almacén Rico Electro, decretada como prueba a favor de la demandada, al considerar el fallador que con ella se demuestra que existió una sustitución patronal, cuando a juicio del impugnador en realidad tal hecho no ocurrió, pues no se presentó cambio de patrono y en consecuencia los pagos efectuados con fundamento en tal situación carecen de validez legal.

Al respecto de lo anterior la Sala encuentra que el mencionado instrumento consta que Carlos Rico aportó a la Sociedad "Carlos Rico G. & Cía. C. S.", el Almacén Rico Electro.

Por lo anterior para la Sala no se presentó el error de hecho que afirma el casacionista que incurrió el fallador al reconocer la sustitución patronal, además que el propio demandante lo confesó al expresar los hechos primero y segundo de la demanda con que se inició el proceso.

Manifiesta el recurrente que de haber el fallador de segunda instancia apreciado correctamente la inspección judicial— fls. 54 a 55 v, Cdno. 1—, hubiera concluido que el promedio de salario mensual del actor era otro diferente y que la cesantía por el lapso comprendido entre abril de 1964 y septiembre de 1974 ha debido liquidarse con una remuneración mensual de $ 6.505.33, sin indicar el impugnador en forma discriminada como le correspondía hacerlo, qué factores no tenidos en cuenta por el ad quem se encontraban demostrados con la inspección judicial, a su juicio aparecían. Por tales razones la Sala con-

sidera que no se comprobó el error mencionado.

También afirma el casacionista que la anterior remuneración se hubiera establecido por el fallador de segunda instancia de haber apreciado correctamente la documental visible al folio 7, del cuaderno principal. La Sala observa que dicha prueba no fue que no hubiera sido apreciada correctamente sino que no lo fue, luego lo resuelto en la sentencia no se fundó en el mencionado escrito.

Dice el casacionista que la demandada obró de mala fe cuando afirmó en la respuesta a la demanda y en la liquidación final de las prestaciones que el actor sólo ganaba $ 3.000.00 mensuales, al no contabilizar los otros pagos que le hacía, violando la obligación legal de llevar contabilidad, además dando referencias en contra del trabajador.

Sobre lo anterior en la demanda de casación no se expresa si el error fue por falta de apreciación o equivocada apreciación de pruebas, requisito legal indispensable para establecer la existencia de los errores de hecho que a juicio del casacionista incurrió el ad quem.

Respecto de lo expresado por el recurrente de que el fallador de segunda instancia dejó de apreciar la documental visible al fl. 92 la Sala encuentra que así sucedió, pero que como dicho escrito no fue decretado como prueba en el proceso no podía considerarse en la sentencia, por lo cual el ad quem no incurrió en el error alegado.

Afirma el casacionista que el sentenciador incurrió en evidente error de hecho "en dar por demostrado, sin estarlo, que los pagos de auxilio de cesantía de febrero 25 de 1965, septiembre 10 de 1970 y diciembre 18 de 1971, fueron hechos en forma legal", para cuyo fundamento el impugnador se apoya en las pruebas antes mencionadas y en certificados visibles al fl. 5 del expediente que el fallador dejó de apreciar.

Sobre lo anterior la Sala encuentra que el actor en las peticiones del libelo de su demanda, con la que se inició el proceso, no incluyó petición de que se declaran ilegales los pagos de auxilio de cesantía (ver folio 2 Cdno 1), y el Juez de Primera Instancia, quien tiene la facultad legal consagrada en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, para fallar ultra petita y extra petita no lo hizo, ni el fallador de segunda instancia podrá hacerlo, pues como lo preceptúa la norma indicada carece de tal poder, por lo cual no puede intentarse como lo pretende el recurrente que mediante la demanda de casación se le reconozca una nueva petición, modificando su demanda inicial, cambiando la controversia entre las partes, lo que es improcedente. Al respecto existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como en sentencia de octubre 26 de 1971, en el proceso ordinario de Enrique Delgadillo Gómez contra el Banco del Comercio, en algunos de cuyos apartes se lee:

"La facultad de fallar ultra o extra petita es discrecional del juez de primera instancia quien podrá hacer uso de ella si se reúnen los requisitos contemplados en el Art. 50 del Código Procesal del Trabajo, sin que para ello sea necesaria una solicitud en abstracto hecha en la demanda, que resultaría inoficiosa. Si el juez profiere condena ultra o extra petita, el Tribunal Superior adquiere competencia para pronunciarse sobre ella, sea confirmándola o revocándola. En este caso su decisión es susceptible de acusarse en casación. Mas si el fallador de primera instancia no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, o hace la manifestación expresa, improcedente y antitécnica desde luego, de que no hay lugar a pronunciarse más allá o fuera de lo pedido, el superior carece de competencia para referirse a esa abstención y cualquier manifestación confirmatoria que efectúe sobre el particular es inocua legalmente y escapa en consecuencia al examen de la Corte a través del recurso de casación. En el caso en estudio el fallador de primera instancia dijo: 'Se solicita, ya en el debate probatorio, que extra petita se ordene el reintegro del trabajador. Se negará esta petición por carecer de fundamento legal'. Sea que el a quo hubiese considerado que no se llenaban los requisitos del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral o que la petición en sí misma era improcedente, no tenía fundamento legal para que en la par-

te resolutiva dijera, como lo hizo, 'niégase la petición de reintegro formulada'. Y menos correspondía al Tribunal referirse a ella en la parte motiva, para decidir si era acertada o no esta denegación del reintegro, creando así posibles confusiones en los efectos de la cosa juzgada. Si no se hizo en la demanda con que se inició el juicio la petición de que se ordenara reintegrar al trabajador al cargo que desempeñaba, con la secuela del pago de salarios dejados de devengar, ni produjo el a quo condena extra petita sobre este punto, no puede pretenderse a través del recurso de casación un reconocimiento de tales derechos, porque ello implica una alteración de los términos del planteamiento inicial, una variación de los elementos de la relación jurídico procesal. Esta incongruencia del petitum de la demanda de casación con los términos en que se planteó la relación jurídico procesal, conduce a la inadmisibilidad del cargo que se estudia. Esta ha sido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, como puede verse en el fallo de 18 de octubre de 1963, Loie Rayadale y otros contra 'American Pipe and Construction Co'., citada por el opositor y que dice: 'Importa observar, que el libelo promotor de la litis no solicitó 'salarios caídos', ni este extremo fue objeto de adición oportuna de dicho libelo —pues sólo se vino a pedir por el actor a la finalización de la primera instancia, en la cuarta audiencia, de trámite—, ni incorporado a la controversia por virtud del fenómeno contemplado en el artículo 50 del Estatuto Procesal citado, esto es, por virtud de condenas extra petita'. Ahora bien: el recurso extraordinario tampoco es ocasión para adicionar la demanda que promueve el juicio, porque ni constituye una tercera instancia ni, aunque la conformara, es permisible hacer tal cosa sino en la inicial, hasta en la primera audiencia de trámite, conforme a lo previsto en el artículo 28 ibídem. Con otras palabras, a la impugnación que lo desarrolle no es dable imprimirle un alcance mayor que el comprendido dentro de los lindes de las peticiones deducidas en el litigio o de los aumentos de estas peticiones por razón de condenas ultra petita o de lo agregado a la controversia como resultado de condenas extra petita' ".

Por las razones antes expresadas el cargo no prospera y en consecuencia no hay lugar al pago de la indemnización moratoria pedida (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).

Segundo cargo

"Violación directa de los artículos 177, 180, 179 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados los dos últimos por el Decreto 2351 de 1965, artículos 12 y 13, en concordancia con el artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 3º de la Ley 48 de 1968. En dicha violación incurrió el H. Tribunal, ya que no aplicó la norma debiendo hacerla y en su lugar aplicó otra. En efecto, con relación al pago de los domingos y festivos laborados y no pagados, dijo el Tribunal: 'Es imposible hacer una condenación por dicho concepto, máxime que se le pagaba un sueldo y de acuerdo con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, se entiende incorporado el pago de dominicales....'. La infracción directa del Tribunal radica en creer, que lo que se pedía en la demanda era el valor del descanso dominical, que de paso no se discute, estaba incluido en el sueldo por mandato del artículo 174, cuando lo que claramente se pedía en la demanda era otra cosa: el valor del trabajo en domingos y festivos, que no había sido cancelado, pedimento éste gobernado por otras normas diferentes al artículo 174. La causal de casación que invoco es la primera de las consagradas en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964".

El opositor replicó, así:

"AL SEGUNDO CARGO: En este cargo 2º, adolece la absoluta precisión y motivación. De las sentencias de primera y segunda instancias, se infiere que los falladores aplicaron correctamente la ley, pues al ser analizado y estudiado minuciosamente el pretendido contrato a domicilio, se desechó como consecuencia lógica y no se reconoció el derecho a dominicales y festivos por mandato del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, pues si al demandante se le pagaba solo sueldo, en ese se incluyó el pago de dominicales y festivos. En los demás aspectos jurídicos los fallos son consecuentes con la prueba arrimada al proceso. El no presentarse la in-

fracción directa, el cargo analizado, sin motivación alguna, debe ser rechazado, si es que acaso merece el estudio de la H. Corte. Si es que el recurrente pretende que se reconozca el pretendido contrato a domicilio, debió acusar las normas jurídicas que le dan vida y las que generan los respectivos derechos, así como también haberse precisado mediante dictamen pericial cual era el promedio de salarios correspondientes a la semana inmediatamente anterior que es la forma de remunerar los dominicales y festivos presuntamente laborados. El segundo cargo que se analiza, goza de mala presentación y de falta de técnica y debe ser también rechazada".

Se considera

La sentencia recurrida dice textualmente en relación con la petición del demandante de reconocimiento y pago de dominicales y festivos: "No acreditó el número de dominicales y festivos laborados el señor Oscar Romo Cárdenas, aunque de la prueba testimonial se desprende que en algunos de dichos días y durante algunas horas trabajaba en el almacén Rico Electro, organizando la contabilidad. No determinados los días, es imposible hacer una condenación por dicho concepto, máxime que se le pagaba un sueldo y de acuerdo con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, se entiende incorporado el pago de los dominicales".

Del texto antes transcrito aparece claramente que la providencia se fundamentó en que el actor no llegó a demostrar el trabajo en días domingos y festivos y en que principalmente recibía remuneración en forma de sueldo y que de conformidad con el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, comprendía el pago del descanso obligatorio.

Como se aprecia en la demanda de casación el recurrente fundó su ataque en uno de los soportes de la sentencia, o sea en el referente a la aplicación del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, que aún en el caso de prosperar no es suficiente para demostrar el cargo, pues el primero de dichos soportes sobre la ausencia de pruebas que configuren el derecho a la remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio no fue atacado, razón por la cual el cargo no prospera.

Tercer cargo

"La sentencia impugnada viola indirectamente los artículos 14, 23, 24, 25, 65, 127, 249, 253 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituido el último artículo citado, por el Decreto 2351 de 1965, artículo 17 (adoptado como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968) en relación con los artículos 89, 90, 91, 92 y 93 del Código Sustantivo del Trabajo. La violación se produjo como consecuencia de evidentes errores de hecho por la falta de apreciación de unas pruebas, que más adelante singularizaré. Los errores de hecho consisten: 1º. En no dar por demostrado, estándolo, que, coexistente con el contrato de trabajo como administrador, el demandante tenía otro, que era el contrato a domicilio. Consistente o destinado a la elaboración o ensamble de sockets para intemperie. 2º. En no dar por demostrado, estándolo, que ese trabajo a domicilio causa cesantías en favor del señor Oscar Romo. 3º. En dar por establecido, que la sociedad demandada no debe ninguna suma adicional al demandante por concepto de cesantías, distinta de la suma de $ 11.756.25. Estos hechos se deducen del silencio de la sentencia que se limitó a confirmar la absolución impartida por el juzgado, sin razonar. Da la penosa impresión que, el proceso, por este aspecto no fue fallado. Se dejó de apreciar la diligencia de inspección ocular de fls. 54 a 55 v., de la confesión contenida en la respuesta a la demanda, especialmente al responder el hecho 5º, y la confesión contenida al responder el Sr. Rico, el interrogatorio y concretamente la pregunta 14 (fls. 64 v. 65 y 66). Si el Tribunal hubiera apreciado correctamente o mejor, si las hubiera apreciado en su valor y las hubiera tenido en cuenta, hubiera llegado a la indiscutible conclusión que conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, con el contrato de trabajo como administrador del Almacén, coexistía un contrato a domicilio para el ensamble de sockets para intemperie, el cual resulta de bulto, no sólo en la inspección ocular, sino en la confesión contenida en el interrogatorio de parte, al contestar la

pregunta 14. No se puede perder de vista que, la cualificación de la confesión al responder el hecho quinto de la demanda no tiene respaldo en los autos; son hechos exceptivos, sin respaldo. Estando demostrado el contrato a domicilio, hasta el 5 ó 6 de julio de 1974, es decir mientras subsistió el contrato de trabajo como administrador y durante más de tres años hacia atrás, desde 1971. Al no condenar el Tribunal a Cesantías por este contrato a domicilio se violó el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, finalmente se violó también el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque a la terminación del contrato a domicilio no se pagó las cesantías debidas al trabajador".

El opositor replicó así:

"AL TERCER CARGO: Este tercer cargo se presenta en forma desafortunada, como el primero, toda vez que faltó técnica y motivación para sustentarlo. Ni en la confesión trata de presentarse como originaria de la violación de la ley por errores de hecho o falta de apreciación de unas pruebas, ni en la inspección ocular a que se alude en el cargo, se evidencia el contrato a domicilio que en buena hora fue negado por el fallador de instancia al analizar la prueba testimonial y los demás elementos probatorios. Así dijo el Juez 5º Laboral del Circuito: 'Por otra parte, el perito relacionó lo de los sockets que los hacía en la casa el actor, con ayuda de sus cuñadas, la esposa y dos particulares, fuera de que cuando estuvo detenido parte de su tiempo lo empleó a laborar en esa actividad con la ayuda de otros reclusos, según constancia de fl. 27, lo que excluye la presentación del contrato de trabajo a domicilio a que se refieren los artículos 89 a 93 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber tenido la ayuda de particulares, convirtiéndose así en un empresario independiente en la ejecución de roscas para sockets según contrato que tenía celebrado con la demandada. No hubo pues contrato de trabajo a domicilio; sólo tuvo un contrato individual de trabajo al demandante con la demandada en su calidad de administrador del almacén Rico Electro, y dentro de esas funciones estaba la de llevar la contabilidad del Almacén'. Esta situación fue analizada también por el fallador de segundo grado, quien por considerar correcta la liquidación de reajustes, confirmó también el aspecto salarial, negando el socorrido contrato a domicilio. En forma muy antitécnica se pretende violado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, tanto el fallador de primer grado como el de segundo, aplicaron correctamente esta norma. Estas son las voces de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín: 'A la terminación de la relación laboral, se le cubrió al actor el valor de lo que la empresa consideraba deberle, razón por la cual, de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es procedente la condenación por mora en el pago. La Sala encuentra que la sentencia del **a quo** está ajustada a derecho, y, por consiguiente, habrá de confirmarse'. Por la mala presentación, falta de técnica e inmotivación de este cargo, solicito a la Honorable Sala se digne rechazarlo".

Se considera

En este tercer cargo el casacionista al referirse a las pruebas que a su juicio el **ad quem** apreció equivocadamente dijo: "Se dejó de apreciar la diligencia de inspección contenida en la respuesta a la demanda, especialmente al responder el hecho 5º y la confesión contenida al responder al Sr. Rico el interrogatorio y concretamente la pregunta 14 (fls. 64 v. 65 y 66)".

Como puede verse el recurrente no manifestó qué hechos aparecían demostrados con cada una de las pruebas que afirmó no fueron debidamente apreciadas, es decir, tan solo se contentó con mencionarlas sin llegar a analizarlas y expresar lo que con ellas se demostraba, sin que dicha actividad pueda suplirse por parte de la Sala.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida el seis de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS - APELACION POR MANDAMIENTO DE LA LEY

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo consagra la consulta para las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Dpto o al Municipio. La consulta en materia laboral es una verdadera apelación por ministerio de la Ley, pues ella se entiende surtida en favor del trabajador o de la entidad oficial según el caso, como lo indica el artículo 60 del Decreto 528 de 1964. De tal manera que cuando como en el caso presente, la sentencia es apelada por el trabajador y debe consultarse por contener condenaciones contra la entidad oficial, no se puede hablar de único apelante, ya que en favor del Departamento se surtió la consulta y ello hace que se entienda apelación por ministerio de la ley a favor de la entidad. En tales casos es imposible que haya reformatio in pejus, porque el Tribunal adquiere competencia para conocer y resolver sobre los intereses de ambas partes

En el procedimiento laboral no existe apelación adhesiva ni es aplicable el Art. 353 del C. de P. C.

Es conveniente recordar que como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia, en el procedimiento laboral no existe apelación adhesiva ni es aplicable el Art. 353 del Código de Procedimiento Civil, como tampoco lo es el Art. 368 de la misma obra, por no existir vacío en materia de casación laboral

No habiéndose demostrado la violación principal, no proceden las violaciones consecuenciales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5967).

(Acta Nº 29).

José Vicente Payome, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 232.115 expedida en Facatativá, demandó por medio de apoderado, **al Departamento de Cundinamarca**, para que fuera condenado a pagarle vacaciones, prima de navidad, pensión de jubilación, lucro cesante e indemnización moratoria.

El apoderado presentó los siguientes hechos:

"1º. Mi poderdante prestó sus servicios al departamento de Cundinamarca, Secre-

taría de Obras Públicas, desde el 8 de agosto de 1960 hasta el 16 de febrero de 1971, con el cargo de JEFE DE TRABAJO de la Zona Occidental de Carreteras.

"2º. Mi poderdante, durante todo su tiempo de servicios estuvo dedicado al mantenimiento y sostenimiento de las obras públicas de Cundinamarca.

"3º. Mi poderdante fue despedido en forma unilateral e injusta y devengaba al momento de su despido una asignación de $40.10 diarios.

"4º. Mi poderdante no ha recibido hasta la fecha las Prestaciones Sociales que le corresponden por todo su tiempo de servicios al departamento, incluyendo Vacaciones y Prima de Navidad, correspondientes a su último año de servicios.

"5º. Mi poderdante tampoco ha recibido los salarios correspondientes al tiempo faltante para completar su Presuntivo Laboral.

"6º. A mi poderdante tampoco se le ha reconocido la Pensión Sanción a que tiene derecho de conformidad con la Ley 171 de 1961, por haber trabajado por más de diez años al servicio del departamento y tener la edad requerida.

"7º. Mi poderdante, mediante el suscrito Apoderado presentó demanda gubernativa dirigida a los señores Gobernador, Secretario de Obras Públicas y Gerente del Fondo Prestacional de Cundinamarca, de fecha 9 de enero de 1974.

"8º. Mi poderdante, mediante el suscrito Apoderado agotó la vía gubernativa, ya que ha transcurrido más de un mes de haberse presentado la demanda, desde el 9 de enero de 1974, sin que hasta la fecha se haya obtenido respuesta alguna".

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda de la siguiente manera:

"PUNTO 1º. El demandante debe acreditar que el Departamento le adeuda las vacaciones correspondientes a su último año de servicios.

"PUNTO 2º. LO NIEGO. Que el demandante demuestre haber solicitado al Departamento el pago de la prestación reclamada y en su defecto al Fondo Prestacional de Cundinamarca y que ninguna de estas dos entidades han cumplido con tal obligación.

"PUNTO 3º. Que el actor acredite que reúne los requisitos exigidos por la ley 171 de 1961 y su decreto reglamentario, para hacerse acreedor a la pensión invocada.

"PUNTO 4º. LO NIEGO. Que el demandante demuestre que la relación de trabajo con el Departamento, estuvo regida por las normas que reglamentan el contrato presuntivo de trabajo.

"PUNTO 5º. LO NIEGO. El demandante debe acreditar que el Departamento de Cundinamarca, no cumplió con lo prescrito por el Decreto 797 de 1949.

Hechos

"Los hechos en que se fundamenta la acción, carecen de fundamento, por cuanto no es verídico que el Departamento adeude al Demandante prestación social alguna, como será demostrado a través del proceso.

"Esta circunstancia, me permito oponerme a las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, hasta cuando el demandante demuestre la razón y fundamento en que apoya sus pedimentos".

La Juez Quinta Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 24 de agosto de 1976, condenó al Departamento de Cundinamarca a pagar a José Vicente Payome $609.00 por vacaciones y $101.50, por prima de navidad, absolvió de las demás peticiones y no condenó en costas. De la providencia apeló el apoderado del demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 3 de diciembre de 1976, revocó la condenación a pagar prima de navidad, absolvió por tal concepto, confirmó las demás disposiciones de la sentencia de primera instancia y no condenó en las costas de la instancia. El apoderado de José Vicente Payome interpuso contra el fallo el **ad quem**, recurso de casación que el Tribunal concedió y que la Corte admitió.

El recurso

Está presentado en tres cargos que se estudiarán en el orden en que fueron formulados. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

"Se concreta a obtener lo siguiente:

"a) Que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case el numeral primero de la sentencia acusada, en cuanto confirmó el numeral segundo del fallo del juzgado, por el cual se absolvió al Departamento de Cundinamarca de las peticiones por LUCRO CESANTE e INDEMNIZACION MORATORIA.

"Que se case el numeral segundo de la sentencia acusada, por el cual se revocó el literal (b) del numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar se dispuso absolver al Departamento de Cundinamarca de la condena por prima de navidad.

"b) Que casada así la sentencia, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sede de instancia, disponga lo siguiente:

"Confirmar el literal (b) del numeral primero del fallo del Juzgado, por el cual se condenó al Departamento de Cundinamarca a pagar la suma de $101.50 por prima de navidad.

"Revocar el numeral segundo del fallo de primera instancia, para en su lugar acoger las peticiones del libelo por lucro cesante e Indemnización Moratoria".

Primer cargo

Dice el censor:

"Causal Segunda del artículo 87 del C. P. del T., (Art. 60 del Decreto 528 de 1964). La sentencia acusada viola el principio de la **Reformatio in pejus**, precepto sustantivo de derecho material que ordena no se reforman las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ellas para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercitado el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley".

En la demostración del cargo, el acusador advierte que de la sentencia de primera instancia solamente apeló el actor sin que la demandada hubiera adherido a esa apelación; deduce que no se podía agravar la situación del único apelante, a pesar de lo cual el Tribunal revocó la condenación por prima de navidad y absolvió por tal extremo; alega que por no haberse modificado lo desfavorable al único apelante, la revocatoria no es consecuencia de la unidad jurídica del fallo, y que se violó el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

El impugnador agrega que la exigencia del Tribunal sobre prueba de la Ordenanza que creó el derecho a la prima de navidad, es absurda porque el origen de dicha prestación se encuentra en el Decreto 2767 de 1945, como también puede tener origen contractual, pero que lo importante es que el Departamento de Cundinamarca paga la prima de navidad y en el presente caso las partes no discutieron si la entidad demandada estaba o no obligada a pagarla, ya que según la contestación de la demanda la **litis** se redujo a probar si la entidad la había cancelado o no.

Se considera

La sentencia acusada dice:

"Al margen de lo anterior, no está por demas advertir que al revocarse la condena por concepto de prima de navidad, no se está violando el principio de la reformatio in pejus, **a pesar de que el único apelante fue la parte actora, por cuanto al existir una condena contra el Departamento, forzosamente el negocio tenía que venir en consulta, y como tal, facultaba al juzgador para revisar la sentencia".**

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo consagra la consulta para las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio. La consulta en materia laboral es una verdadera apelación por ministerio de la ley, pues ella se entiende surtida en favor del trabajador o de la entidad oficial según el caso, como lo indica el artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

De tal manera que cuando como en el caso presente, la sentencia es apelada por el trabajador y debe consultarse por contener condenaciones contra la entidad oficial, no se puede hablar de único apelante, ya que en favor del Departamento se surtió la consulta y ello hace que se entienda apelación por ministerio de la ley a favor de la entidad. En tales casos es imposible que haya reformatio in pejus, **porque el Tribunal adquiere competencia para co-**

nocer y resolver sobre los intereses de ambas partes.

De la misma manera ocurre en el procedimiento civil, pues el recurrente solamente cita el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y olvida los preceptos 386 y 368 de la misma obra, el primero de los cuales consagra la consulta de la sentencia de primera instancia adversas a la Nación, los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, y ordena tramitarla y resolverla como apelación; y el segundo de ellos que da efecto de apelación a la consulta, cuando dice que no se puede hacer más gravosa la situación de la parte para cuya protección se surtió la consulta.

Las demás consideraciones del cargo son completamente ajenas al ataque por la causal segunda, donde solamente se puede estudiar lo relativo a la reformatio in pejus y únicamente en caso de que la acusación prospere se analizan en el fallo de instancia, las consideraciones sobre el extremo que la produjo.

Por tales motivos, no prospera la primera acusación.

Cargo segundo

Dice el recurrente:

"Causal primera del artículo 87 del C. P. del T. (60 del Dto. 528 de 1964). La sentencia viola directamente, por interpretación errónea, los artículos 350, 357, 368, numeral 4º, del C. de P. C.: 66, 69 y 82 del C. P. del T.; 59 del Código de Régimen Político y Municipal; y 1º del Dto. 797 de 1949 y consecuencialmente los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945 artículos 10 y 11 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 47 y 51 del Decreto 1848 de 1969, por infracción directa".

Para la demostración del cargo, el impugnador afirma que se interpretó erróneamente el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, porque se consideró que podía hacerse más gravosa la situación del único apelante sin violarse el principio de la, reformatio in pejus; que se interpretó erróneamente el 69 del Código Procesal del Trabajo, porque se entendió que era posible resolver sin limitaciones, cuando el negocio subió por apelación; que se interpretaron erróneamente los artículos 65 y 82 del Código Procesal del Trabajo y 350 del Código de Procedimiento Civil, porque se creó un híbrido con la apelación y la consulta que se excluyen mutuamente; que la consulta solamente se da cuando no ha mediado apelación contra un fallo desfavorable a una entidad de derecho público, lo cual apoya en el numeral 4º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; que se interpretaron erróneamente los artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, al confirmar la absolución por lucro cesante, porque se estimó que el último día del plazo era el 16 de febrero de 1971, cuando legalmente lo fue el 15 del mismo mes, y los documentos de los folios 35 y 40 demuestran que el actor trabajó en el último período seis meses y un día; y que se interpretó erróneamente el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, al considerar que el hecho de dejar de pagar vacaciones no engendra derecho a indemnización moratoria, porque las vacaciones son prestación según citas que hace de autor y de jurisprudencia, y porque independientemente del carácter que tengan las vacaciones, son derechos que si no se solucionan a la terminación del contrato, producen la indemnización de que trata el artículo citado.

Se considera

Aunque el Tribunal no hizo especial exégesis del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, lo dispuesto en la sentencia no envuelve la interpretación errónea que se acusa, pues ya se vio que dentro del procedimiento laboral la consulta es igual a una apelación por ministerio de la ley y que en el caso presente la apelación del trabajador y la consulta a favor de la entidad, permitían al sentenciador examinar y resolver todas las cuestiones planteadas en el juicio.

Tampoco interpretó el sentenciador el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, pero lo dispuesto en la sentencia acusada no se aparta de la correcta interpretación de la norma, porque la consulta en materia laboral tiene los mismos efectos que la apelación interpuesta por la parte en cuyo favor se estableció aquélla.

No hubo interpretación errónea de los artículos 65 y 82 del Código Procesal del

Trabajo y 350 del Código de Procedimiento Civil, porque, fuera de que el ad quem no hizo exégesis de las normas, la sentencia no tiene disposición alguna en contra de lo dispuesto por tales preceptos, si se atiende a que la consulta en derecho laboral es una apelación por ministerio de la ley, y que según el artículo 69 del Código Procesal Laboral, la consulta no está condicionada a falta alguna de apelación cuando se trata de entidades oficiales, y el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil ordena la consulta cuando la sentencia no sea apelada por los representantes o apoderados de las entidades oficiales gravadas, pero no la omite cuando la apelación sea de la contraparte.

De tal manera que la consulta procede aunque el apoderado de la otra parte interponga recurso de apelación. También es conveniente recordar que como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia, en el procedimiento laboral no existe apelación adhesiva ni es aplicable al artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, como tampoco lo es el artículo 368 de la misma obra, por no existir vacío en materia de casación laboral.

La interpretación errónea de los artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, se hace consistir en que se estimó como último día del plazo el 16 de febrero de 1971 cuando era el 15 del mismo mes, y no se tuvo en cuenta que se laboró en el último período un lapso de seis meses y un día. Lo anterior hace perfectamente desestimable este aspecto del ataque, porque una acusación por interpretación errónea no puede apoyarse en cuestiones fácticas, ya que tales puntos solamente se pueden tratar en casación por vía de errores de hecho o de derecho que solamente caben en la aplicación indebida indirecta.

En cuanto a la interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, se tiene que el sentenciador lo entendió correctamente porque dijo que la indemnización moratoria allí consagrada, era viable cuando habiendo expirado el término de gracia de 90 días, no se cancela al trabajador el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Lo resuelto por el Tribunal tiene fundamento en que consideró que las vacaciones tenían un carácter diferente por ser descanso, lo cual no constituye interpretación de la norma citada, por lo cual en este aspecto tampoco es fundado el cargo.

No habiéndose demostrado la interpretación errónea de las normas estudiadas, no cabe analizar la acusación por violación de las restantes citadas en el cargo, porque de ellas se indica violación consecuencial, y no habiéndose dado la infracción causal no puede considerarse la derivada.

No prospera la segunda acusación.

Tercer cargo

Consiste en lo siguiente:

"Causal primera del artículo 87 del C. P. del T., (60 del Decreto 528 de 1964). La sentencia acusada viola directamente el Art. 69 del C. P. del T., por aplicación indebida, y los artículos 61, 66 y 82 del C. P. T., 357 del C. de P. C., y 1º del Dto. 797 de 1949 por falta de aplicación, en relación con los artículos 2º de la Ley 72 de 1931 y 1º del Decreto 1054 de 1938; artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y 43 y 51 del Decreto 2127 del mismo año.

Demostración

"La sentencia acusada viola el artículo 69 del C. P. del T., por haber aplicado esta norma a un negocio que subió en apelación. Como consecuencia de tal desacierto dejó de aplicar las normas pertinentes o sea los Arts. 66 y 82 del C. P. del T., que señalan, el primero en qué casos es procedente la apelación y el segundo su trámite, y el Art. 357 del C. de P. C., que ordena que no puede modificarse la sentencia de primera instancia en lo que sea favorable al apelante único.

"Igualmente se violaron los artículos 61 del C. P. del T., 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, y 1º del Decreto 797 de 1949 artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 51 del Decreto 1848 de 1969; ya que si se hubieran aplicado y se hubieran atendido las circunstancias relievantes del pleito, se hubiera confirmado la condena por prima de navidad y se hubiera accedido a las peticiones por lucro cesante e indemnización moratoria".

Se considera

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo no impide que se surta la consulta a favor de la entidad oficial condenada, cuando la otra parte interpone recurso de apelación, por lo cual resolver con base en la consulta instituida por la ley a favor de la entidad, aunque el trabajador haya apelado, no es aplicación indebida de la norma sino ejercicio correcto de las facultades que ella consagra para el superior.

La violación de las demás normas indicadas en el cargo está formulada como falta de aplicación consecuencial. Es de observar que no habiéndose demostrado la violación principal, no proceden las violaciones consecuenciales. Además, en la casación laboral la falta de aplicación de la ley no es concepto de violación como en la casación civil, sino que puede obedecer a una infracción directa o una aplicación indebida, y como ninguno de esos conceptos se expresan en el cargo respecto a las normas restantes, resulta en ese aspecto inaceptable la acusación por no reunir el requisito a que se refiere el aparte a) del numeral 5º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo.

Por tales motivos, no prospera la tercera acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de tres de diciembre de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por José Vicente Payome contra el Departamento de Cundinamarca.

Sin costas por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Pedro Charria Angulo, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

LA SOCIEDAD CONSTITUYE ENTE JURIDICO DISTINTO INDEPENDIENTE DE LAS PERSONAS FISICAS O MORALES QUE HAYAN CONTRIBUIDO A FORMARLA

Es sabido que la sociedad constituye ente jurídico distinto e independiente de las personas físicas o morales que hayan contribuido o contribuyan a formarla y sea cual fuere el monto, cuantioso o módico, del interés o aporte que tenga cada asociado en el haber colectivo

Interpretación errada del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral por el ad quem

Como el sentenciador ad quem entendió que no podía tener en cuenta la totalidad del salario que encontró demostrado en el juicio para calcular la cuantía de las condenaciones que hizo, por tenérselo vedado el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral porque el demandante dijo en el libelo que tenía uno menor, según se lee en los pasajes del fallo acusado que se transcribieron en el cargo que acaba de estudiarse, resulta claro que el dicho sentenciador interpretó erradamente el aludido texto legal y consecuencialmente infringió en forma directa los demás preceptos que el cargo invoca, al restringirles el alcance que debían tener en el presente caso de acuerdo con los factores de hecho que el Tribunal halló demostrados y que el recurrente acepta implícitamente al no haberlo impugnado.

Sustitución de patronos

La operancia de la sustitución de patronos exige obviamente que se demuestre la prestación de servicios tanto al antiguo como al nuevo empleador

No se presume el despido del trabajador

Ha sido jurisprudencia constante de esta Sala y del extinto Tribunal Supremo del Trabajo que el despido del trabajador no se presume cuando fenece el vínculo laboral sino que debe demostrarse por éste, para que entonces el patrono quede en el trance de acreditar la justa causa que lo llevó a terminar el contrato, con el fin de no verse expuesto así a indemnizar al antiguo asalariado por haber roto ilegalmente el aludido contrato

Indemnización moratoria - Buena fe patronal

Si esa conducta demuestra la buena fe del empleador, plasmada en los motivos razonables y serios que tuvo para demorarse en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, no habrá lugar al pago de la indemnización. Y deberá condenarse a abonarla, en la hipótesis contraria

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5760).

(Acta Nº 31).

El señor **Jorge Arismendy Monroy** demandó a la firma "**Inversiones Raíces e Industriales Ltda.**" para reclamarle el pago de remuneración por trabajo dominical sin descanso compensatorio durante el lapso comprendido entre el 9 de abril de 1970 y el 9 de julio de 1973; de cesantía por servicios prestados durante 25 años, 4 meses y 9 días de indemnización por ruptura injusta de su contrato de trabajo de pensión por jubilación y de indemnización moratoria, además de las costas del juicio.

Dijo haber servido en la Panadería Especial de Villavicencio, perteneciente a aquella sociedad, desde el 9 de abril de 1948 hasta el 31 de agosto de 1973, cuando fue despedido sin justa causa, y con un último salario promedio de $ 9.000.00 mensuales, hechos que no aceptó la compañía demandada.

Conoció del proceso el **Juez Laboral de Villavicencio** y, en setencia del 7 de mayo de 1976, condenó a la sociedad a pagarle al señor Arismendy $ 51.802.48 por concepto de cesantía, suma de la cual se descuentan $ 24.501.00, que encontró ya satisfechos, y $ 3.588.00 mensuales por pensión de jubilación, que comenzaría a causarse cuando el actor cumpla 55 años de edad. La absolvió de las demás peticiones del libelo.

Ambas partes apelaron y el **Tribunal Superior de Villavicencio**, en fallo del 18 de agosto del mismo año, modificó la decisión del Juez, para condenar a "Inversiones Raíces e Industriales" a pagarle al actor $ 102.770.83 por cesantía, con descuento de $ 15.733.00, ya cancelados, y $ 250.00 diarios, desde el 1º de septiembre de 1973 y hasta la fecha en que se satisfaga la otra condena, por indemnización moratoria; y en cuanto a las demás súplicas de la demanda, impartió absolución.

Contra este fallo interpusieron casación ambas partes. El demandante para impetrar que se infirme en cuanto al valor de las condenas hechas por el Tribunal, para que se reliquiden con base en un salario de $ 11. 005.00 mensuales, o, cuando menos, de $ 9.000.00 al mes y que también se infirme en cuanto a la absolución del pago de indemnización por despido injusto para proveer luego la condena respectiva. Y la demandada, para pedir que se deje sin efecto aquella decisión en cuanto a las condenaciones que contiene, se revoque luego la hecha por el Juez **a quo** por concepto de cesantía y se la absuelva integralmente de las pretensiones del libelo y de las costas que se le ordenó satisfacer.

Así consta en las respectivas demandas de casación (fls. 11 a 33 y 53 a 74 de este cuaderno), de las cuales sólo fue replicada la del demandante (fls. 41 a 49 **ibídem**).

Cada uno de los recurrentes propuso cuatro cargos contra la sentencia acusada, cuyo orden para el estudio que haya de emprenderse sobre ellos será el siguiente:

1º) Primer cargo de la demandada (fls. 58 a 67), porque busca que se la absuelva integralmente;

2º) Primer cargo del demandante (fls. 14 a 19) y, en su caso, el segundo cargo del demandante (fls. 19 y 20), porque pretenden aumentar el monto del salario básico de éste para calcular el monto de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas;

3º) Segundo cargo de la demandada (fls. 67 y 68), porque pide que se excluya

del monto de aquel salario la prima de servicios;

4º) Tercer cargo del demandante (fls. 21 a 29), porque intenta que se amplíe el tiempo de servicios del actor más allá del que se reconoció en la sentencia acusada;

5º) Cuarto cargo del demandante (fls. 29 a 32); porque busca demostrar que el actor fue despedido sin justa causa y, por ende, que tiene derecho a la indemnización que reclama por este motivo;

6º) Tercer cargo de la demandada (fls. 68 a 70) y, en su caso, el cuarto cargo de la demandada (fls. 70 a 74), porque con ellos pretende liberarse del pago de la indemnización moratoria a que fue condenada.

Establecido lo anterior, conviene comenzar el análisis de las distintas acusaciones:

Primer cargo de la demandada

Su planteamiento es así: "La sentencia del Tribunal **ad quem**, de la fecha y en el proceso mencionados, viola por aplicación indebida, de la vía indirecta, los artículos 193, 249, 252 (17 del Decreto 2351 de 1965) y 65 Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 22, 23, 25, 127, 128, 306, 307 y 488 del mismo estatuto laboral y 1625-1º y 10, 1626, 1657, 2512 y 2535 del Código Civil y 151 del Código Procesal del Trabajo, a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el fallador por mala apreciación de la documentación en copia auténtica, de la consignación efectuada por doña Elena Arismendy de Monroy del valor de los derechos laborales del actor, para cancelarlos, y su entrega a éste por el Juzgado del conocimiento, a folios 26, 27 y 28; de las confesiones de las dichas personas, gerente de la sociedad demandada y demandante, en los interrogatorios de parte que corren a folios 54 a 62 y 41 a 48, respectivamente, y en la diligencia de careo de los folios 112 a 118; de las certificaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre constitución, reforma, venta de las acciones de Doña Elena al demandante, representación, etc., de la sociedad demandada, documentos auténticos de folios 8 a 14 y 109 y 110; de la inspección judicial de folios 91 y 92 y de los documentos arrimados en ella por el apoderado del demandante, a folios 85 a 90 y de los que aparecen a folios 51 a 53, rechazados por el Juzgado, piezas todas del cuaderno primero del expediente.

"A consecuencia de la mala apreciación de las probanzas anteriores, en relación con los escritos de demanda y de contestación de folios 2 a 4 y 15, respectivamente, del cuaderno mencionado, en lo que contiene de confesiones y de conducta de las partes, el fallador incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

"Primero. Dar por establecido, cuando las probanzas reseñadas no lo establecen así, que el contrato de trabajo que existió entre el señor Arismendy y la sociedad demandada tuvo una duración de 13 años, 8 meses y 13 días, con fecha inicial de los servicios el 17 de diciembre de 1959 y de terminación en 31 de agosto de 1973.

"Segundo. Tener por probado, contra la evidencia, que el último salario promedio mensual del trabajador de autos estuvo conformado (sin expresar la cifra total) por $ 1.284.00, mensuales, fijos que recogieron las planillas que se exhibieron en la inspección judicial, en quincenas de $ 642.00, y que apreció también el **a quo**, más un 35% de las utilidades que se dice tuvo la sociedad conforme a un balance en agosto 31 de 1973, pieza ilegalmente arrimada al proceso y carente de veracidad y autenticidad, más lo correspondiente a prima de servicios, en cantidad de $642.00 según la inspección judicial, apreciación total del salario que, por otra parte, siendo superior a los $ 7.500.00 que el propio demandante señaló en su libelo inicial, (excluido el alojamiento, estimado en $ 1.500.00, que se le reconoció a su esposa en juicio anterior contra la misma sociedad) determinó al fallador **ad quem** a limitar a esta última cifra el salario-base para su condena por cesantía. Esa consideración limitante no la impugno, ni mi interés está en ello, sino que, concretamente, acuso como erróneo el haber dado por establecido que el trabajador demandante devengaba un sueldo superior a $ 7.500.00 mensuales, o sea que los factores integrantes del salario arrojaran la cantidad mayor que estimó el fallador, sin concretarla.

"Tercero. No dar por demostrado, y las pruebas de validez legal esto es lo que establecen, que el salario del trabajador fue

únicamente de $ 1.284.00 mensuales más $ 666.66 de utilidades, y que con base en esos $ 166.950.00 mensuales se liquidó y consignó la cesantía.

"Cuarto. Haber apreciado como 'aparente cesión de acciones de capital' la venta que hizo Doña Elena Arismendy de Monroy al demandante Jorge Arismendy de la totalidad de sus 253 acciones de las 258 que constituyen el capital de la demandada, (las otras 5 son de doña Elsa Arismendy) según las certificaciones de la Cámara de Comercio y escrituras que he singularizado. Esta apreciación sobre los dichos documentos y en su relación con modificación de los estatutos de la sociedad y composición de socios y capital, la señalo como error de derecho, conforme a los artículos 61 y 60 -1º in fine del Decreto 528 de 1964, que modificó el 67 Código Procesal del Trabajo.

"Quinto. En relación con el error anterior, haber apreciado que no se registró ningún cambio en las relaciones del demandante Arismendy con la empresa, durante el tiempo en que 'figuró' como socio; que el actor no prestó sus servicios como un aporte social o por razón de las facultades de administración como socio de sociedad limitada, sino que ellos se iniciaron con anterioridad a su vinculación social a la demandada y continuaron después que cedió o vendió sus acciones, sin mutación alguna.

"Sexto. Dar por establecido, contra la evidencia de las escrituras y certificaciones mencionadas, que durante el tiempo en que fue socio de la demandada estuvo subordinado a la sociedad y a la Gerente, doña Elena de Monroy, en concurrencia de contratos.

"Séptimo. No dar por establecido, cuando así lo evidencian las probanzas, que tanto la duración del contrato como la remuneración del trabajador carecen de las presiciones a que llegó el sentenciador y que no hay bases distintas de las que tomó la demandada para liquidar la cesantía y consignar su valor, en cifra que todavía supera todo derecho cierto.

"Octavo. No haber reconocido las razones atendibles de la demandada para liquidar y consignar la cesantía del trabajador y haber concluido, en razón de la indemnización moratoria, en el hecho de la mala fe de la sociedad patronal.

"**Incidencia.** A consecuencia de estos errores evidentes el Tribunal ad quem reformó la sentencia del Juzgado, en punto a cesantía, condenando a mi representada a pagar al demandante, por el dicho concepto, la suma de $ 102.770.83, correspondientes a 13 años, 8 meses y 13 días de servicio, con imputación tan solo de los $ 15.733.00 consignados, para descontar de la dicha condena. E impuso, además, indemnización moratoria de $ 250.00 diarios, a partir del 1º de septiembre de 1973, hasta cuando se cancele la decisión anterior, condena esta que, a la fecha de la providencia que impugno, valía $ 269.500.00, y a la de hoy supera los trescientos treinta y tanto mil pesos.... (valores todos estos mayores que el capital de la sociedad, según las escrituras de autos, si de desproporciones ha de hablarse, como lo hizo el Tribunal).

"Y de no haber sido por estos errores, si las probanzas reseñadas se hubiesen apreciado debidamente, conforme a su mérito, el fallador habría estimado, de modo correcto, que la cesantía fue liquidada y cancelada conforme a la ley y, con revocatoria de la sentencia del a quo, habría declarado probada la excepción de pago total y absuelto a mi representada, como respetuosamente lo pido a esa H. Sala, en sede de instancia, previo el quebranto de las condenas por cesantías y la absurda de indemnización por mora".

En la demostración del cargo el recurrente analiza las pruebas que invoca como fuente de los errores de hecho que le atribuye al sentenciador y encuentra que no hubo continuidad en los servicios de Arismendy desde que se constituyó la compañía demandada hasta que el vínculo laboral feneció, porque el 27 de noviembre de 1962 Jorge Arismendy le compró a Elena de Arismendy las 253 acciones, sobre 258, que ésta poseía en la sociedad, y como socio mayoritario "y casi único", desde su Junta Directiva nombró a dicha señora como Gerente de la entidad, situación que, según el cargo, es incompatible con la de trabajador subordinado pretendida por el demandante y que perduró hasta octubre 15 de 1965, cuando la señora de Arismendy readquirió sus acciones en

la compañía. O sea que, conforme al recurrente, hubo dos relaciones de trabajo entre las partes: una que terminó el 27 de noviembre de 1962, cuyos derechos en favor del empleado ya prescribieron; y otra que comenzó el 15 de octubre de 1965 y acabó en fecha incierta de 1973, porque a raíz de una denuncia penal propuesta contra el señor Arismendy, éste tuvo que abandonar a Villavicencio, y sólo pudo regresar allá en septiembre de aquel año, luego de varios meses de ausencia, relación laboral que, aún aceptando la fecha de terminación que halló el Tribunal, 31 de agosto de 1973, apenas alcanzó a durar 7 años, 10 meses y 15 días, según el cargo, y no los 13 años, 8 meses y 13 días, que computó erradamente el sentenciador **ad quem**.

Respecto del salario, asevera la acusación que el Tribunal no determinó con base en documentos ilegalmente aducidos al juicio y carentes de autenticidad, y que sólo es posible establecer de manera regular el fijo de $ 642.00 quincenales hallado en la inspección ocular y el de $ 666.66, confesado por la representante legal de la compañía en la forma que indica el cargo, lo cual da un monto de $ 1.950.66, por mes como salario básico de Arismendy, que fue el tenido en cuenta por la sociedad para liquidar la suma considerada judicialmente por ella al actor.

De allí deduce el cargo que la cesantía de Arismendy fue correctamente liquidada, según se desprende de la prueba pertinente (fls. 26 y 27 Cdno. 1º), por lo cual ha debido declararse probada en cuanto a ella la excepción de pago en vez de condenar a "Inversiones" a satisfacerla, y absolver a la firma demandada respecto a la indemnización moratoria, tanto por haber satisfecho de antemano la cesantía reclamada como por estar acreditada su buena fe en las relaciones laborales que tuvo con el demandante.

Por su parte, el Tribunal **ad quem** discurrió así sobre las materias objeto del cargo:

"Efectivamente, como lo observa el **a quo**, ELENA ARISMENDY DE MONROY fue demandada como representante de la sociedad 'INVERSIONES RAICES E INDUSTRIALES LTDA.', no como persona natural. En parte alguna se afirmó la prestación de servicios a aquélla, como persona natural, ni se alegó en esa oportunidad la sustitución patronal por razón de la creación de la sociedad demandada. Es más: Con los elementos de juicio aportados al proceso no hay base para concluir que la relación laboral se inició el 9 de abril de 1948 y continuó en forma ininterrumpida hasta el mes de diciembre de 1959, en que se constituyó la sociedad. Los dos únicos declarantes citados (Jorge Antonio Morales y Casimiro Garzón), si bien afirman haber estado laborando en la Panadería Especial para aquella época, en la que conocieron al actor (1948), no fueron trabajadores permanentes, ya que se retiraron a los pocos meses. En el interrogatorio de parte a que fue sometida ELENA DE MONROY acepta haber llevado y alojado en su casa (la misma de la panadería) en esa época a su hermano Jorge, por su mala situación económica, mas no como trabajador. Más adelante, al ser preguntada sobre el tiempo que éste trabajó con Inversiones Raíces afirma que del 65 (sic) en adelante, según le parece, aunque no está segura y al preguntársele si entre el año de 1948 y el 65 Arismendy realizaba alguna labor en relación con el funcionamiento de la Panadería contesto: 'del 48 hasta cuando él quedó como dueño de Inversiones Raíces él vivía en la casa hasta cuando le vendí la sociedad de Inversiones Raíces. En el 58 él fue dueño de la sociedad como hasta el año de 1965 cuando yo le volví a comprar... El me ayudaba porque como vivía en la casa con toda la familia él me tenía que colaborar.... en el año de 1958 cuando él tomó la sociedad nosotros quedamos a paz y salvo. Nuevamente volvimos cuando le compré la Panadería, volvió a trabajar conmigo'. En el careo que sostuvo con el actor, acepta que él (Jorge) administró la Panadería hasta el año 58 ó 59 cuando le hizo una venta y él fue dueño del negocio y en el 65 que le volvió a comprar las acciones volvió a trabajar hasta julio de 1973, en que abandonó el negocio.

"No obstante la forma reticente y evasiva en que discurre la representante de la sociedad demandada a todo lo largo de sus exposiciones, en las dos oportunidades en que fue interrogada, de su contexto emerge la convicción de que el actor laboró en

la Panadería de la empresa desde que se creó o constituyó la sociedad, en diciembre de 1959, hasta el año de 1973, con una interrupción que hace consistir en su crencia de que la relación laboral se suspendió durante el tiempo en que aquél aparece como socio, (de noviembre de 1962 a octubre del 65), en virtud de la cesión que le hiciera de sus acciones.

"No comparte la Sala la tesis de la interrupción acogida por el Juzgado, por las razones siguientes: a) Porque no obstante la aparente cesión de acciones de capital hecha a favor del actor, no se registró ningún cambio en las relaciones de aquél con la empresa, durante el tiempo en que figuró como socio; b) Porque, en el caso de autos, el actor no entró a prestar sus servicios como un aporte social o por razón de las facultades de administración de que gozan los socios en las limitadas, sino que aquéllos se iniciaron con anterioridad a su vinculación a la sociedad y continuaron después la cesión de sus acciones, sin mutación alguna, como ya se dijo c) Porque durante el tiempo en que el actor aparece como socio ELENA DE MONROY conservo la dirección de la empresa, desde el cargo de gerente, que ejerció sin solución de continuidad. En tales condiciones, se puede concluir que el servicio que prestó el actor fue ajeno a las facultades administrativas que tuvo como socio durante algunos meses y subordinado respecto de la sociedad, caso en el cual puede existir contrato de trabajo entre ésta y el socio, según lo tiene establecido la jurisprudencia (casaciones de marzo 24/56, marzo 16/62 y mayo 29/70).

"Se tuvo como fecha de la terminación del contrato la del 9 de julio de 1973, pero de autos aparece que al actor se le liquidó participación de utilidades hasta el 31 de agosto de ese año (fls. 85 y 89). Y esta última fecha concuerda con la que trató de precisar la demandada, como de retiro del actor, cuando afirmó que para la fecha de la consignación (octubre 29/73), hacía dos o tres meses que había dejado de trabajar (fl. 61). En consecuencia, se tendrá el 31 de agosto de 1973 como fecha de terminación del contrato de trabajo.

"No comparte la Sala la forma como el Juzgado determinó el salario base para las prestaciones, por las razones siguientes: a) Porque se prescindió del guarismo correspondiente a la participación de utilidades que le fueron liquidadas por los primeros ocho meses del año de 1973 (de enero a agosto), según documentos que se ordenaron tener como prueba en su oportunidad: el balance que obra al folio 89, autorizado con la firma del contador ALFONSO CRUZ REY y el manuscrito del fl. 85, firmado por la demandada. En ambas se menciona una participación de $ 92.913.21 correspondientes al 35% de las utilidades y en el segundo se relacionan los cheques con que se pagó dicha participación; b) Porque se colacionó la partida de $ 1.500.00 por concepto de salario en especie y en el curso de esta segunda instancia se estableció que esa partida se había tenido en cuenta al liquidar las prestaciones judicialmente reconocidas a favor de la esposa del actor, ELENA RINCON DE ARISMENDY. Su inclusión en esta oportunidad implicaría un doble reconocimiento de ese salario, correspondiente al arrendamiento del apartamento que habitaban los esposos ARISMENDY -RINCON, avaluados pericialmente en $1.500.00. c) Porque dejó de incluirse lo correspondiente a la prima de servicios ($ 642.00) cuyo monto se determinó en la inspección judicial practicada por el Juzgado (fl. 92).

"Mas como el trabajador demandó el pago de sus prestaciones con base en un salario promedio mensual de nueve mil pesos ($ 9.000.00), incluyendo $ 1.500.00 por concepto de salario en especie y éste no se puede colacionar, por las razones apuntadas, su pretensión queda limitada a siete mil quinientos pesos ($ 7.500.00) por los demás conceptos que integran el salario real. En esta segunda instancia no se podrá hacer una condena por suma mayor, como aspira el recurrente, para no incurrir en un fallo ultra petita". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

Es sabido que la sociedad constituye ente jurídico distinto e independiente de las personas físicas o morales que hayan contribuido o contribuyan a formarla y sea cual fuere el monto, cuantioso o módico, del interés o aporte que tenga cada asociado en el haber colectivo; que si el socio

no se ha obligado a contribuir con su industria o servicios a la actividad social, cuando llegare a prestarlos al ente colectivo la relación bien puede estar regida por contrato de trabajo, sin que para ello interese conocer si el valor de su aporte es preponderante o minoritario con relación al capital de la compañía; y que los vínculos jurídicos existentes entre una sociedad y subalternos a su servicio no implican o subentienden la existencia paralela de vínculos de la misma índole entre los asociados y aquellos subalternos de la compañía; es decir que quien sea empleado de una entidad deba tenerse también por este simple hecho como empleado de los socios que la integran o de uno de ellos en particular, así sea éste el dominante económicamente en el fondo social.

Al analizar a la luz de las reflexiones anteriores los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá que obran de folios 8 a 14 y 109 a 110 del primer cuaderno y son fundamento máximo de la acusación que se estudia, resulta que de ellos no se evidencia que hubiera existido la interrupción en los servicios subordinados que Jorge Arismendy le prestó a "Inversiones", que alega el recurrente, pues del hecho de que el 27 de noviembre de 1962 la señora Elena de Monroy le hubiese transferido al dicho Arismendy su interes social, altamente predominante en "Inversiones", no se infiere en modo alguno que éste hubiera dejado de ser empleado de tal compañía como persona jurídica autónoma que era, ni la circunstancia de que el socio Jorge Arismendy contribuyera e elegir en esa fecha a doña Elena como gerente de la sociedad tampoco significa que ella pasara a ser subalterna de don Jorge, o que perdiera su primitiva calidad de personera o encarnación del patrono frente al trabajador Arismendy, insita en su carácter de representante legal de "Inversiones", pues dicho carácter lo tenía antes, lo conservó el 27 de noviembre de 1962 y lo mantuvo en adelante la señora de Monroy.

A su vez, la circunstancia de que el 15 de octubre de 1965 doña Helena hubiera recobrado su interés social en "Inversiones" de manos del señor Arismendy no muestra en forma vehemente que este último volviera a su condición de empleado de la compañía desde tal fecha, como lo sostiene el cargo, sino que apenas prueba que el señor Arismendy dejó de ser socio de aquel ente jurídico.

De los aludidos certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá no resulta pues que el Tribunal ad quem hubiera errado de hecho patentemente cuando no encontró una solución de continuidad en los servicios prestados por Arismendy a "Inversiones". Y como de las demás pruebas que a ese respecto invoca el cargo tampoco aparece el mencionado yerro, ha de concluirse que no se configuran las tachas primera, cuarta, quinta y sexta, planteadas en el cargo.

Solo cabe observar finalmente, en cuanto a este aspecto de la acusación, que los documentos que el Tribunal tuvo en cuenta para fijar la fecha en que terminó el contrato de trabajo sí son pruebas regulares del proceso por disposición del mismo Tribunal contenida en auto del 26 de junio de 1975 (fls. 13 a 16, cuaderno sobre apelación del auto del 21 de mayo de 1975 dictado por el Juez a quo).

Respecto a la crítica que hace el cargo a la fijación del salario que trae el fallo acusado, según la cual ese cómputo se verificó con base en documentos ilegalmente aducidos al juicio pero que, suponiendo que no lo fueran, de todos modos son inválidos porque no fueron reconocidos y, aún dándoles validez, no contienen las cifras que pretendió el sentenciador, cabe observar, en cuanto a lo primero, que el cargo no indica cuáles son esos documentos, lo que deja el ataque en el vacio; en cuanto a lo segundo, que los documentos a que se alude no fueron tachados de falsos, y entonces deben tenerse como reconocidos conforme al artículo 252, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil; y en cuanto a lo tercero, que esta fase no la demuestra el cargo, por lo cual ha de tenerse como incólume lo que sostiene sobre el tema el sentenciador.

No se configuran pues las tachas segunda y tercera, planteadas en el cargo. Consecuencialmente, no se configura tampoco la tacha octava, que alude al cálculo de

la cesantía hecho por el fallador con fundamento en el tiempo de servicios y el salario que dejó indemnes el ataque.

Y en cuanto atañe a la tacha octava, que se refiere a la indemnización moratoria decretada por el Tribunal, nada cabe decir ahora, pues hay cargos específicos sobre esta materia y al estudiarlos será la oportunidad de esclarecer el tema.

De todas las consideraciones que se dejan hechas, cabe concluir que este cargo no puede prosperar.

Primer cargo del demandante

Fue planteado así: "Causal primera del Art. 87 C. P. del T., (60 del Decreto 528 de 1964): **La sentencia es violatoria del artículo 50 C. S. del T., por interpretación errónea, y consecuencialmente, de los artículos 127, 149, 253 (17) del Decreto 2351 de 1965) y 65 C. S. del T., por infracción directa.**

"El juzgado consideró que el trabajador devengaba un sueldo fijo de $1.284.00 mensuales, más $ 1.500.00 en especie (habitación) y $ 2.000.00 como porcentaje en las utilidades de la empresa, para un total de $ 4.784.00, que fue la base tenida por él para la liquidación de las pretensiones (Cdno. 1º fl. 143), en contraposición con los $ 9.000.00 señalados en la demanda (Cdno 1º fls. 2 y 3).

"El Tribunal, en cambio, juzgó demostrado un salario de $ 13.005.00 mensuales, descompuesto en $ 1.284.00 en dinero ($ 642.00 quincenales), $ 11.614.15 en participación de utilidades (35% de $ 92.913.21 en los ocho primeros meses de 1973), y $ 107.00 correspondientes a 1/12 parte de $ 1.284.00, suma de las dos primas semestrales (Cdno. 4º, fl. 42).

"Sin embargo, no tomó aquella cantidad como salario básico para la liquidación de las prestaciones demandadas, por considerar que, habiéndose demandado sobre el aserto de un salario mensual promedio de $ 9.000.00, de los cuales solo $ 7.500.00 se devengaban en efectivo y que $ 1.500.00 en especie, y rechazada esta parte, solo quedaban aquellos $ 7.500.00, a los cuales debía limitar su reconocimiento, dado que en segunda instancia no se puede hacer condena por suma mayor, so pena de incurrir en un fallo **ultra petita.**

"O sea que para el juzgado el artículo 50 C. P. del T., ha de entenderse como limitación no sólo por concepto de la cuantía global o individual de las peticiones, sino también de los rubros que las componen, discriminadamente, como quiera que, no obstante que el libelo pide condena a $ 247.635.76 (petición b) por concepto de cesantía y alude a $ 9.000.00 como salario promedio mensual último, se considera impedido para un pronunciamiento que en ningún caso coparía la suma global señalada. Y, concretamente, para rebasar los $ 7.500.00 de salario en dinero, por cuanto en segunda instancia no es factible condenar al pago de sumas mayores de las demandadas por concepto de prestaciones, así aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley.

"Además, el Tribunal toma el precepto prescindiendo de cuál haya sido la actitud del juzgado, que bien pudo absolver o incurrir en un reconocimiento inferior incluso al demandado, y cuyo juicio se encuentra erróneo luego, cual si el artículo 50 citado fuera limitativo y no extensivo y de amplitud, como corresponde a la naturaleza del derecho del trabajo y del procedimiento y actitudes del juez para aplicarlo.

"De ahí el reproche de interpretación errónea: La norma autoriza para condenar al pago de más de lo pedido: reconocimiento de derechos demostrados pero no exigidos **(extra petita)** y de derechos ciertos demandados en cuantía inferior a la establecida **(ultra petita)**.

"Aquí se trata supuestamente de la segunda hipótesis: Se demandó cesantía por valor de $ 247.635.76 y 'salarios caídos' sobre la base de un salario de $ 9.000.00 descompuesto en $ 7.500.00 en dinero y $ 1.500.00 en especie, y no empece a que se demostró que el salario en dinero ascendía a $ 11.005.00, la condena se circunscribe a lo que resulta de un salario de $ 7.500.00 en dinero, porque de no obrar así se estaría pronunciando una condena en cuantía superior a la demandada.

"En orden lógico denuncio ante todo un yerro hermenéutico en cuanto se entendió el precepto sin consideración alguna a lo sucedido en el primer grado, siendo así que el supuesto de la norma es el de que

el juez no haya deseado utilizar su poder discrecional delante de los hechos ciertos, reconocidos por él, contemplados en la norma. Es decir, lo que el precepto estatuye es que el fallador de primera instancia, delante de hechos que acrediten la presencia de salarios o prestaciones no solicitados o en cuantía superior a la pedido, puede, discrecionalmente, ordenar el pago de aquéllos o condenar en la medida real, sin que su actitud prudente pueda ser modificada por el Tribunal. La posibilidad del fallo **ultra** o **extra petita** atribuida al juez de primer grado se refiere directamente al caso en que él, comprobando la existencia de derechos ciertos no impetrados o solicitados por valor menor, estime equitativo o justo ir más allá. Y por lo mismo que ese poder es discreional (sic), el superior no puede, ante la misma situación, variar ese criterio o suplantarlo. Es algo análogo a lo que ocurre con las agencias en derecho en materia de costas.

"Pero, por eso mismo, ello no implicaría prohibición al Tribunal para que si considera no probados los hechos constitutivos de los derechos adicionales, revoque la providencia que los reconoció al revisarla en apelación o alzada interpuesta por el agraviado, o de que proceda análogamente cuando el inferior absolvió o no tuvo oportunidad de plantearse el problema de ir más allá de lo pedido, porque su reconocimiento fue incluso inferior a este.

"Estimo, pues, que la recta inteligencia del Art. 50 C. P. del T., permite al juzgador de segunda instancia ir por encima de lo pedido, cuando es él quien por primera vez se encuentra delante de la situación allá provenida, por cuanto el inferior no aceptó el derecho o lo acogió en medida menor de la alegada.

"En segundo término viene lo relacionado con el supuesto mismo del poder discrecional del juez y de su limitación al de primera instancia: Se trata del caso en que el proceso esté debidamente probado un derecho exigido sí pero por suma inferior a la acreditada. El precepto se refiere a 'sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto'. Cuáles son las sumas expresadas en la demanda, limitantes eventualmente para el Tribunal? Aquí éste procedió como si el guarismo clave fuese la indicación del salario base, en su composición precisa, y no la cantidad total solicitada, y se tomó la petición como si hubiera de reducirse y encajonarse definitivamente por la estimación y composición del salario, y no enderezada al reconocimiento de la prestación y referida a un total de $ 247.635.76, en cuanto a cesantía, y proyectada en el tiempo, sin tope numérico, en lo relativo a la indemnización moratoria.

"Por lo mismo, el yerro de interpretación consistió en creer que las sumas inferiores demandadas en contraste con las superiores demostradas por el mismo concepto y correspondientes al mandato legal, son las apreciaciones del supuesto de hecho del derecho respectivo, aquí el salario básico, en sus distintos componentes y su respectiva estimación numérica, y no lo demandado ciertamente como derecho en sí e incluso en su cuantía. Siendo así que la norma alude es a la cuantía de lo demandado, globalmente en cada prestación o indemnización, y no a la composición de aquélla o ésta, o del salario que da pie para el cómputo de su valor.

"En consecuencia, tanto porque del precepto no se puede deducir una prohibición absoluta del empleo de los poderes de fallo **extra** o **ultra petita** por el juez de segundo grado, como porque aquél se refiere a las sumas demandadas y no a la composición de dichas sumas, la sentencia violó el artículo 50 Código Procesal del Trabajo, por interpretación errónea, con efecto evidente en el resultado del pronunciamiento: Si lo hubiera entendido rectamente habría procedido a liquidar la cesantía y ordenado la liquidación del resarcimiento de perjuicios moratorios sobre la base del salario efectivamente probado: $ 11.005.00 mensuales, y no por uno reconocidamente inferior, timoratamente fijado, en $ 7.500. 00; y, en el peor de los casos, hubiera subido a $ 9.000.00, según que no se hubiera sentido con aquella cohibición o que hubiera reparado en el pedimento global por concepto de cesantía ($ 247.636.76), o que se hubiera remitido siquiera a la fijación alzada del salario en la demanda: $ 9.000. 00. El formalismo y el ánimo restrictivo del sentenciador tergiversan el espíritu y la letra de la norma.

"Adicionalmente, habida consideración de que el derecho fue reconocido apenas

parcialmente, en cuantía menor de la demandada y de la demostrada, se dejaron de aplicar, esto es, se quebrantaron directamente, los artículos citados en la enunciación del cargo, atañaderos al salario y la manera de computarlo, al auxilio de cesantía y al salario básico para su liquidación y a la indemnización moratoria, que se remite al salario general.

"En consecuencia pido la casación del fallo recurrido y que en instancia se produzca el reconocimiento pleno de los derechos aceptados por el Tribunal, con reforma de la sentencia del juzgado".

Se considera

El Art. 50 del Código de Procedimiento Laboral les permite a los jueces de primera instancia ordenar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones no pedidos en el libelo cuando los hechos que los originen se hayan discutido en el juicio y estén probados, o condenar en suma superior a la impetrada por el demandante, cuando aparezca que esta última es menor de la que legalmente le corresponde al asalariado.

Las peticiones explícitas de la demanda y su cuantificación expresa son pues los límites que dicha norma le concede rebasar al fallador del primer grado, pero solamente a éste y no a quien competa revisar las providencias suyas, de acuerdo con el claro e inequívoco mandato contenido en el artículo 50.

No puede pues el sentenciador de la segunda instancia al proferir condena exceder el monto de lo impetrado en la respectiva súplica del libelo. Pero la limitación que sobre el tema impone la ley se refiere al valor pecuniario dado por el demandante a la aspiración de que se trate y no a factores numéricos distintos, como el salario que diga haber tenido, v. gr., según se desprende del texto del aludido artículo 50 cuando, al tratar del fallo ultra petita, tiene como tal a la condena "al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto", conforme a voces textuales de la norma.

Y como el sentenciador ad quem entendió que no podía tener en cuenta la totalidad del salario que encontró demostrado en el juicio para calcular la cuantía de las condenaciones que hizo, por tenérselo vedado el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral porque el demandante dijo en el libelo que tenía uno menor, según se lee en los pasajes del fallo acusado que se transcribieron en el cargo que acaba de estudiarse, resulta claro que el dicho sentenciador interpretó erradamente el aludido texto legal y, consecuencialmente, infringió en forma directa los demás preceptos que el cargo invoca, al restringirles el alcance que debían tener en el presente caso de acuerdo con los factores de hecho que el Tribunal halló demostrados y que el recurrente acepta implícitamente al no haberlos impugnado.

Prospera entonces el cargo con las consecuencias que se determinarán más adelante. Y como el tercero atiende a la misma finalidad ya satisfecha al prosperar el segundo, no es menester analizarlo.

Segundo cargo de la demandada

Reza textualmente: "Acuso infracción directa del artículo 307 Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 193, 249, 253 y 65 del mismo estatuto.

"Al considerar el extremo del salario base para resolver las súplicas de cesantía y mora, el fallador (fl. 43 del cuaderno del Tribunal) censuró al a quo el no haber incluido, en la estimación que éste hizo, lo correspondiente a la prima de servicios, en cantidad de $ 642.00 conforme a la inspección judicial. Es decir, para el ad quem el cómputo total del salario debe comprender la prima de servicios. Pero esto constituye ignorancia del artículo 307 Código Sustantivo del Trabajo, que clara y expresamente manda que la dicha prima no se compute como factor del salario en ningún caso.

"Se impone, en consecuencia, la casación del fallo recurrido, como respetuosamente lo solicito, para que, en las consideraciones subsiguientes de instancia, se atienda a la posición defectiva de la demandada, demostrada con todas las razones de mi primer ataque, las cuales incorporo aquí, sin que sea necesario reproducirlas, para los fines señalados en el capítulo sobre el alcance de la impugnación.

"Este cargo, de la vía directa, no versa sobre las probanzas, esto es, no desconoce

que ella contiene los $ 642.00 apreciados por el fallador. Pero el estimar ese valor como factor del salario viola directamente el artículo 307 Código Sustantivo del Trabajo, al ignorar su mandato".

Se considera

Basta leer el pasaje del fallo acusado, que se copió con el primer cargo, y el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo, para encontrar la infracción directa de ese texto, que el recurrente le atribuye al Tribunal ad quem, **y la necesidad jurídica de que el ataque prospere, con las consecuencias que se indicarán luego.**

Tercer cargo del demandante

Su enunciado es así:

"La sentencia es violatoria de los artículos 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965) y 260 Código Sustantivo del Trabajo, por infracción directa (falta de aplicación), derivada de infracción directa (falta de aplicación) de los artículos 67 a 69 Código Sustantivo del Trabajo, 528 Código de Comercio y 1571 Código Civil, así como de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas de confesión (interrogatorio de parte y careo), testimonial y documental.

"El Tribunal desecha la solicitud de reconocimiento del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo transcurrido entre el 9 de abril de 1948 y le (sic) 17 de diciembre de 1959 (ingreso del trabajador al servicio de la Panadería La Especial y constitución de la sociedad Inversiones Raíces e Industriales Ltda., respectivamente), por cuanto no se demandó a la señora Elena Arismendy, propietaria de aquel establecimiento en ese tiempo, sino a la sociedad citada, representada por ella como gerente, ni se alegó en la misma oportunidad la sustitución patronal. A más de ello aduce como razón de absolución el hecho de que 'en el proceso no hay base para concluir que la relación se inició el 9 de abril de 1948 y continuó en forma ininterrumpida hasta el mes de diciembre de 1959'; y la de jubilación, 'porque no se probaron los veinte años de servicios exigidos en la ley'.

"Lo cual quiere decir que aquel tiempo no se tiene en cuenta para cesantía, como tampoco para pensión de jubilación, por dos razones concurrentes: Falta de demanda al antiguo patrono o de invocación de la sustitución patronal o de ambas, y falta de prueba de relación laboral entre esos dos extremos cronológicos" (Las subrayas son del texto transcrito).

Al explicar el cargo, el recurrente critica la decisión del Tribunal de no reconocer como tiempo laborado por el señor Arismendy el lapso transcurrido entre el 9 de abril de 1948 y el 17 de diciembre de 1959 y le hace dos reparos: uno, de índole jurídica, en cuanto echó de menos la citación al juicio como demandada de la señora Elena de Monroy en su condición de antiguo patrono del actor y la alegación de una sustitución patronal; y otro de cariz probatorio, por no haber hallado demostrada en el juicio aquella prestación de servicios cuando, para el cargo, si lo está mediante pruebas que no le merecieron al Tribunal el poder de convicción que en realidad tienen, para incurrir así en evidente error de hecho.

En cuanto a lo primero, el recurrente encuentra que los artículos 67 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, reguladores de la sustitución patronal, preven, que ella se configura cuando hay mutación del dominio del establecimiento donde el trabajador sirva, sin que la identidad de aquél se pierda, es decir, si conserva en lo esencial el giro de sus actividades o negocios y disponen que, una vez producida, el antiguo y el nuevo patrono sean solidarios para el pago de las obligaciones exigibles en ese entonces, y que el nuevo responda de aquéllas que nazcan en adelante.

Dicha solidaridad implica que el trabajador pueda exigirle a cualquiera de los dos codeudores el cumplimiento de la obligación sin que le sea menester demandar al otro también, ni le sea oponible el beneficio de división, menos aún, de manera oficiosa por el sentenciador.

Cree así el cargo que el Tribunal quebrantó de modo directo las normas que en él se citan, por haber exigido que se demandara a la señora Elena de Monroy y se alegara en juicio la existencia de una sustitución patronal para que fuera viable tener en cuenta servicios prestados por

Arismendy antes de formarse la sociedad "Inversiones Raíces e Industriales Ltda.", para hacer el cálculo de su cesantía y para el cómputo del tiempo indispensable para merecer pensión de jubilación.

En lo que atañe al segundo reparo, dice el cargo que de los testimonios de Jorge Antonio Morales y Casimiro Garzón resulta clara la continuidad de los servicios del demandante Arismendy en la Panadería La Especial desde el 9 de abril de 1948 hasta el año de 1973, lo cual se corrobora con las respuestas dadas por Elena de Monroy al interrogatorio que absolvió y al careo a que fue sometida con el actor Arismendy. Añade el cargo que la liquidación de prestaciones y oferta de pago hecha al demandante por la señora de Monroy, en su nombre propio y sin especificar tiempo de servicios ni mencionar a la sociedad que representaba, y el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 26 y 8 a 14 Cdno. 1), donde se lee que doña Elena aportó a la sociedad "Inversiones Raíces e Industriales Ltda.", la panadería La Especial, muestran que fue a un mismo establecimiento al que sirvió don Jorge Arismendy, la dicha panadería, fuera perteneciente a la señora de Monroy o aportado por ella a "Inversiones", como lo hizo el 17 de diciembre de 1959.

Y como, según el cargo, el Tribunal les dio un significado distinto a aquellas pruebas o no les concedió mérito, erró de hecho en forma evidente, por no hallar demostrados mediante ellas que Arismendy prestó servicios desde el 9 de abril de 1948 hasta el año de 1973 a un mismo establecimiento llamado Panadería La Especial, cuyo nuevo dueño a partir de 1959 fue la firma "Inversiones" ya mencionada, que, como patrono sustituto que fue, debía responder integralmente por la cesantía y la pensión de jubilación que el extrabajador Jorge Arismendy le reclama en juicio.

Se considera

Le asiste la razón al recurrente en cuanto a las argumentaciones jurídicas que plantea en la primera fase de su ataque, ya enunciadas atrás. Pero como la operancia de la sustitución de patronos exige obviamente que se demuestre la prestación de servicios tanto al antiguo como al nuevo empleador, y en cuanto a las labores de Arismendy en provecho de doña Elena de Monroy el Tribunal no halló una prueba convincente, la acusación por este aspecto no podría prosperar, no sólo por haber sido planteada por la vía directa, a pesar de que se alegan errores de hecho como fuente de la infracción preceptiva, sino también porque las pruebas de las cuales se intenta derivar esos errores son en un caso, el de los testimonios, inhábiles legalmente para fundar la existencia de ellos dentro del recurso de casación y, en las demás, no hacen patente u ostensible la existencia de tales yerros en el criterio que tuvo el sentenciador al percibirlas y evaluarlas como fuente de su decisión.

En estas circunstancias, fluye la consecuencia de que este ataque no debe prosperar.

Cuarto cargo del demandante

Su texto es así:

"La sentencia es violatoria del artículo 64 Código Sustantivo del Trabajo, del Decreto 2351 de 1965), por infracción directa (falta de aplicación), derivada de quebranto por el mismo concepto del parágrafo del artículo 7º del Decreto citado y de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas:

"Según se lee en la sentencia recurrida y se dejó anotado en el parágrafo 1º (Antecedentes) de esta demanda, el Tribunal acoge las razones del juzgado para denegar la indemnización por ruptura unilateral e injustificada del contrato por parte de la empresa, debido a que 'no aparece que el trabajador hubiera sido despedido en forma injusta, sino que hubo de hacer dejación del cargo, agobiado por un proceso penal'.

"Ahora bien, es cierto, así aparece en el expediente y tal cual lo sostiene el Tribunal, que el contrato terminó el 31 de agosto de 1973, fecha en la cual se liquidó la utilidad a favor del trabajador, y, en todo caso antes del 29 de octubre siguiente, cuando la señora Elena A. de Monroy consignó lo que quiso reconocerle por salarios y prestaciones pendientes, sin decir ni la causa ni la fecha de la terminación del contrato (fls. 26, 85, 88 y 89, del Cdno. 1º y 41 del Cdno. 4º).

"No habiendo hasta aquí problema o disparidad de orden probatorio, y no habiéndose alegado ni probado renuncia de parte del trabajador, y siendo evidente que el contrato terminó con anterioridad a octubre de 1973, frente a la demanda por despido injusto, la demandada, quien no opuso excepción alguna al respecto en la contestación de la demanda, por medio de apoderado, afirmó en el alegato de conclusión en primera instancia: 'en vista de que el señor Arismendy abandonó sus funciones —negocios particulares o no— optó por consignarle lo que estimaba deberle de buena fe' (fl. 122 Cdno. 1º). El Juzgado acepta dicha versión, al decir que 'dentro del proceso (no?) se estableció que el demandante haya sido despedido en forma injusta; por el contrario se ha establecido que fue el demandante quien agobiado por un proceso penal hubo de hacer dejación del cargo, razón esta que llevó a la empresa, al no regresar su trabajador a realizar la liquidación correspondiente y a consignar el valor a órdenes del juzgado' (Cdno. 1º fls. 145 y 146). Y el Tribunal acepta, sin más, ese razonamiento (Cdno. 4º fl. 43).

"En tales circunstancias se tiene, de una parte, que con arreglo al parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causa o motivo de esa determinación, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos; que, la posibilidad de terminación del contrato justamente, por el patrono, en cuanto a detención preventiva se refiere, insinuada en los dos fallos, exige que aquélla exceda de 30 días, a menos que posteriormente el trabajador sea absuelto (artículo 7º del Decreto citado, num. 7º); y que según la certificación del juzgado primero penal del circuito de Villavicencio (Cdno. 4º fl. 13), mediante providencia de 2 de noviembre de 1973, confirmada por el Tribunal en auto de 31 de octubre de 1974, se ordenó la cesación del procedimiento en el sumario proseguido contra Jorge Arismendy M., por denuncia de Eduardo Zamora, por inexistencia del delito denunciado.

"Además, en el careo ocurrido entre las partes, este punto fue debatido (Cdno. 1º fls. 114 a 118), y a propósito de él la demandada admitió (confesión): 'Jorge trabajó hasta julio de 1973, y en vista de que él me abandonó el negocio en julio yo le consigné al Banco Popular lo que creía deberle de sus prestaciones, fuera de eso yo le pagué dos o tres meses más sin haberlos trabajado' (fl. 114). Y luego de que el demandante acepta que estuvo entonces dos meses, once días por causa del proceso penal mencionado, tiempo durante el cual una hija suya había quedado al frente de la panadería la señora Elena de Monroy declaró: 'En vista del negocio estar en manos de menores de edad, puse a mi hijo Gabriel Monroy, y **tomé la decisión de cancelarle** y consignarle su liquidación:' (fl. 115). Posteriormente el actor puntualiza que a raíz del proceso penal y por causa del mismo, la señora Elena de Monroy 'me alojó en casa de su yerno Alfonso Durán, y autorizó a Gabriel Ernesto Monroy para que a la madrugada de esa misma noche me trasladara a la residencia de ella en Bogotá; luego de estar unos ocho días ahí, en su carro particular, con el mismo hijo Gabriel Monroy, me hizo trasladar a una residencia de Paipa, y a pocos días de estar yo allá fue mi hermana Elena a solventarme unos centavos, y más tarde llevándome a mi señora que había quedado en Villavicencio en la panadería'. A lo cual la personera de la sociedad demandada se limitó a precisar que todo eso 'era lo más lógico, porque siendo familiar, la casa mía era la de él, y que el dinero que le llevé no era sueldo, sino para abonarle de una cuenta que le debía' (fl. 117).

"Por consiguiente, no sólo no está demostrado que el trabajador hubiera dado por terminado el contrato voluntariamente o forzado por el proceso penal de marras, sino que aparece cierto el hecho de que fue la empleadora quien unilateralmente, 'debido a que el trabajador dejó a menores en su puesto', quien decidió cancelar dicho contrato y consignar lo que creía deberle, el 29 de octubre de 1973, sin haberle dado al trabajador aviso, ni de aquella terminación y su causa, ni de la consignación.

"De todo lo cual se sigue: Que el Tribunal supuso una renuncia que no existió ni parace probada en el proceso; y que no observó que la demandada confiesa haber dado por terminado unilateralmente el con-

trato, sin haberle comunicado al trabajador esa decisión y su causa, y que es al patrono a quien le corresponde probar el cumplimiento de los pasos exigidos por la ley y la justeza de sus razones, en caso de terminación unilateral del contrato, so pena de incurrir en las sanciones de ley.

"La sentencia cometió, de ese modo, un error manifiesto de hecho, en los términos indicados, respecto de la copia de la oferta de pago, la confesión de la demandada y la ausencia de manifestación suya oportuna de la terminación y de su causa al trabajador, y la falta de demostración de la justicia de la causa que luego invocó, no incluida por cierto, dentro del catálogo exahustivo de la ley. Con lo cual, además, infringió directamente el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y aplicó indebidamente el artículo 7º en su remanente, porque olvidó las existencias del primero, no satisfechas en este caso, y porque aceptó una causal no aducida oportuna y regularmente, que no está contemplada dentro de la lista taxativamente señalada allá para la terminación justa del contrato por parte del patrono.

"Y, en últimas, violó el artículo 8º del mismo decreto, directamente (falta de aplicación), al dejar de sancionar una ruptura unilateral e injusta en los términos y con los alcances del apartado d) del num. 4º". (Las subrayas son del texto transcrito).

Se considera

Ha sido jurisprudencia constante de esta Sala y del extinto Tribunal Supremo del Trabajo que el despido del trabajador no se presume cuando fenece el vínculo laboral sino que debe demostrarse por éste, para que entonces el patrono quede en el trance de acreditar la justa causa que lo llevó a terminar el contrato, con el fin de no verse expuesto así a indemnizar al antiguo asalariado por haber roto ilegalmente el aludido contrato. O sea, que sin la prueba del despido, que debe dar el trabajador, nada le corresponde discutir al patrono sobre la forma como cesó la relación laboral ni hay lugar a deducirle responsabilidad alguna por este motivo.

Y como en el cargo, que se plantea por la vía directa a pesar de que las infracciones que invoca se derivan de errores, de hecho, lo cual es técnicamente impropio como lo anota con acierto el impugnador, nada se demuestra sobre la circunstancia de que Arismendy hubiese sido despedido por "Inversiones", sino que se parte de presupuestos distintos, bastan una y otra deficiencia del ataque para que éste no llegue a prosperar.

Tercer cargo de la demandada

Reza así textualmente: "La sentencia recurrida viola por interpretación errónea el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los textos 193, 249 y 253 del mismo estatuto laboral y 1625 -1º -y 10, 1626 y 1657 Código Civil.

"Luego de pronunciarse sobre la súplica de cesantía, el Tribunal, para decidir acerca de la de indemnización moratoria, expresó:

"Aneja a la anterior condena irá la correspondiente a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, habida consideración de la desproporción entre la suma liquidada al trabajador por cesantías y la consignada por la empleadora por ese concepto ($ 15. 733.00)'.

"Y, sin más, fulminó la condena por salarios caídos'.

"Pero esta decisión, así concebida y expresada, viola el entendimiento correcto del precepto mencionado, de acuerdo con la jurisprudencia constante de esa H. Sala. Y lo viola, en su recto sentido y alcance de sanción a la mala fe patronal o ausencia de razones atendibles, para no pagar la prestación debida, que contiene el dicho artículo, por varios aspectos:

"En primer lugar, porque la aplicación del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, no es 'aneja' a la condena por cesantía. Aquella es consecuente o dependiente de condenas por salarios o prestaciones, no de modo automático o inexorable sino cuando lo incuestionablemente debido no se pagó sin razón atendible. Y para el fallador su 'aneja' se muestra desconocedora de la razón imprescindible que contiene el verdadero entendimiento del precepto.

"En segundo lugar —y aún prescindiendo de la razón anterior— porque el fallador

la produjo 'habida consideración de la desproporción entre la suma liquidada al trabajador (por el fallador, agrego yo, que no por la demandada) y la consignada por la empleadora. Pero el verdadero entendimiento del texto legal mencionado no es el de desproporción entre lo que resulte debido y lo que se consigne; sino el de que ella carezca de razones atendibles, en la conducta del patrono, esto es, que obedezca a mala fe. El Tribunal se contuvo en una comparación matemática u objetiva entre las dos cifras que mencionó, e inclusive una de ellas resultante de lo que él dedujo y no de lo que obedeció a las razones del patrono, y esa comparación meramente objetiva no atiende al contenido de comportamiento patronal del precepto, esto es, violenta su verdadero entendimiento.

"En consecuencia, debe casarse la decisión recurrida —así se considere que hay desproporción material u objetiva entre las cifras que muestra el juzgador— y con recto entendimiento del texto 65 Código Sustantivo del Trabajo, en sede de instancia examinar las razones que tuvo la sociedad demandada para consignar por cesantía la suma que consignó. Y ya en este grado subsiguiente la Sala atenderá, como respetuosamente se lo pido, a todas las circunstancias que conforme a las pruebas (aquí ya procede hacerlo por esa H. Sala) condujeron al patrono a liquidar un tiempo de servicios de 7 años, 10 meses y 15 días con base en $ 1.950.66 mensuales. Y a cómo, además, en la consignación efectuada se cancelaron conceptos que claramente no se debían".

Al tema planteado por este cargo se refirió el sentenciador en el siguiente lacónico pasaje:

"Aneja a la anterior condena ira (sic) la correspondiente a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, habida consideración de la desproporción entre la suma liquidada al trabajador por cesantías y la consignada por la empleadora por ese concepto ($ 15.733.00)".

Se considera

La procedencia del pago de la indemnización por mora que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no depende en forma fatal e inexorable del simple retraso en que incurra el patrono en la satisfacción de las deudas que tenga pendientes con quien fue su servidor, sino de la conducta que aquél haya tenido con éste durante la existencia del vínculo laboral, en el momento de su terminación y aún dentro del curso del juicio originado por la discrepancia de intereses entre quienes eran las partes en contrato ya fenecido. Si esa conducta demuestra la buena fe del empleador, plasmada en los motivos razonables y serios que tuvo para demorarse en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, no habrá lugar al pago de la indemnización. Y deberá condenarse a abonarla, en la hipótesis contraria.

Es este el sentido que tradicionalmente le ha dado la jurisprudencia laboral a lo dispuesto por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Y como, según quedó transcrito, el fallo acusado adopta un criterio diferente, resulta clara la interpretación errónea del artículo 65 predicada por el cargo que, en consecuencia, ha de prosperar.

Se casará entonces aquel fallo, en consonancia con este cargo, cuya prosperidad hace innecesario el estudio del cuarto, que trata del mismo tema y busca el mismo fin ya logrado a través del tercero.

Consideraciones de instancia

En apreciación que no pudo quebrantar la demandada recurrente, el Tribunal halló que el señor Jorge Arismendy fue trabajador de "Inversiones Raíces e Industriales Ltda." desde el 17 de diciembre de 1959 hasta el 31 de agosto de 1973, o sea durante 13 años, 8 meses y 13 días (fl. 43, Cdno. 4º).

Y en cuanto al salario de Arismendy, lo fijó en $ 7.500.00 mensuales, a pesar de haber determinado uno que excede de $ 11.000.00 al mes, por entender que fallaría **ultra petita** si acogía un sueldo mayor que aquél, habida cuenta de que el actor fijó en el libelo la remuneración en $ 9.000.00 por mes y que un monto de $ 1.500.00 mensuales correspondía a salario en especie, ya reconocido en juicio distinto para calcularle las prestaciones sociales a la cón-

yuge de don Jorge, señora Helena Rincón de Arismendy.

Pero como la tesis sobre el fallo **ultra petita** quedó sin valor al prosperar, como quedó visto, el primer cargo del demandante recurrente y la inclusión de la prima de servicios como parte del salario es ilegal, conforme se esclareció al hallar procedente el segundo cargo de la demandada, ha de buscarse el salario legitimo de Arismendy con fundamento en las demás pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal, pues la objeción que sobre ellas formuló la demandada recurrente en su primer cargo no obtuvieron viabilidad cuando no prosperó dicho cargo.

Al descontarle al salario de $ 13.005.00 mensuales que encontró el sentenciador **ad quem**, la parte proporcional de la prima de servicios, o sean $ 107.00, y el monto del salario en especie, que éste excluyó en decisión no controvertida, quedaría un monto de $ 11.398.15 mensuales como base para calcular las prestaciones de Arismendy. Pero como éste confesó una remuneración de $ 9.000.00 al mes en el hecho 2º de su demanda (fl. 3, Cdno. 1º), a esa cifra debe limitarse el valor del salario básico del actor.

Procede ahora decidir sobre las súplicas de la demanda que fueron acogidas por el Tribunal **ad quem**, ya que el intento de lograr la prosperidad de otras de ellas resultó fallido, según hubo de estudiarse al resolver sobre los cargos que al respecto se hicieron en casación.

1º) **Cesantía.** Dados el tiempo de servicios y el salario del actor, ya definidos, esta prestación vale $ 123.325.00. De esta cantidad hay que descontar $ 15.733.00, consignados por "Inversiones", para pagarle cesantía al señor Arismendy. Queda entonces un saldo de $ 107.592.00, a cuya satisfacción habrá de condenarse a dicha compañía, previa modificación del ordinal 3º, letra a) del fallo de la primera instancia.

2º) **Indemnización moratoria.** Según lo determinó la providencia recurrida en materia que permanece incólume, el contrato de trabajo entre "Inversiones" y Arismendy terminó el 31 de agosto de 1973. Y según aparece el folio 26 de cuaderno primero, solamente el 29 de octubre del mismo año la compañía consignó ante el juez del trabajo lo que confesaba adeudarle a su antiguo servidor, para ponerse a paz y en salvo con éste, consignación que en lo que atañe a la cesantía ascendió apenas a $ 15.733.00, cantidad muy inferior a la que el demandante demostró en el juicio que se le debía realmente por este concepto.

Cabe indagar entonces por qué causas la firma demandada se demoró en hacer aquella consignación judicial y la efectuó en cuantía que es reducida, comparándola con el monto real de lo adeudado al señor Arismendy únicamente por auxilio de cesantía.

En cuanto a lo primero, no aparece comprobado en autos ningún motivo que justifique ese retardo de la compañía. Pero respecto a lo segundo, la circunstancia de que doña Elena de Monroy le hubiese traspasado a don Jorge Arismendy su interés social mayoritario en "Inversiones Raíces e Industriales Ltda.", el 27 de noviembre de 1962 y que esa situación hubiera subsistido hasta el 15 de octubre de 1965, cuando doña Elena readquirió de don Jorge ese interés social (fls. 8 a 14, Cdno. 1º). ponía en duda razonable que durante ese lapso el señor Arismendy hubiera continuado como trabajador de la compañía y hacía verosímil, dentro del marco de la buena fe, que esa aparente solución de continuidad en los servicios subordinados de dicho señor sólo le diera derecho a merecer prestaciones sociales legalmente exigibles con posterioridad al 15 de octubre de 1965, lo cual disminuía en cerca de 6 años el lapso hábil para calcular el monto de tales prestaciones sociales debidas a Arismendy.

Y si a ello se añade que la determinación del salario básico del actor para liquidar esas prestaciones era asunto complejo, pues la liquidación de las utilidades que a él le correspondían tenía una periodicidad caprichosa, según resulta del interrogatorio absuelto por doña Elena de Monroy (fl. 62, Cdno. 1º), existe acreditada una razón valedera para que el cómputo prestacional hecho por "Inversiones" resultara inferior al verdadero, sin que esa merma configurara mala fe patronal.

Se esclarece, por lo tanto, que de acuerdo con lo estatuido por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, hay lugar al pago de la indemnización moratoria

reclamada por el lapso comprendido entre el 1º de septiembre y el 29 de octubre de 1973, porque ese retardo de la empresa en satisfacer lo que consideraba deberle a Arismendy no aparece justificado. Pero dicho pago no puede extenderse más allá, porque la diferencia entre lo consignado y lo debido no obedece a mala fe patronal, según acaba de analizarse.

Dicha indemnización, durante el tiempo que comprende, 59 días y sobre la base de un sueldo de $ 9.000.00 mensuales, tiene un monto de $ 17.700.00, al cual debe reducirse la condena por este concepto.

Habrá de modificarse en los términos anteriores el fallo de la primera instancia, luego de casarse parcialmente el del Tribunal **a quo**.

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 los ordinales 1º y 2º de la sentencia recurrida, revoca, en lo pertinente, la del primer grado y, en su lugar, dispone:

Condénase a la sociedad "Inversiones Raíces e Industriales Ltda.", a pagarle al señor Jorge Arismendy Monroy las siguientes cantidades de dinero:

1º) Ciento siete mil quinientos noventa y dos pesos ($ 107.592.00) por concepto de cesantía;

2º) Diez y siete mil setecientos pesos ($ 17.700.00) por concepto de indemnización moratoria.

NO CASA en lo demás la mencionada sentencia.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

INDEMNIZACION POR TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA, EL REAJUSTE DE LA MISMA, LA PENSION DE JUBILACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, REAJUSTE DE SALARIOS E INDEMNIZACION MORATORIA

(I). La quiebra por sí misma no termina el contrato de trabajo. Puede ser un modo de terminación si conduce a la liquidación o clausura de la Empresa o establecimiento o a la suspensión de actividades del patrono durante más de ciento veinte días, según lo previsto en las letras e) y f) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965

Ni es cierto que el artículo 1953 del Código de Comercio en su numeral 7º ratifique dicha supuesta obligación, pues apenas concede la facultad al Síndico de celebrar y terminar los contratos a que se refieren los presupuestos mensuales de gastos que deben ser sometidos al Juez para su aprobación

(II). Cuanto a la suspensión del contrato entre el 22 de febrero y el 12 de junio de 1973, no fue motivo de controversia en las instancias, como bien lo anota el opositor, pues ni en la demanda inicial, ni en su contestación, ni en los fallos de instancias, ni en las alegaciones de los apoderados de las partes se planteó tal circunstancia. Hacer referencia en el recurso de casación a la suspensión aludida, constituye en consecuencia, un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario, como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina

(III). Los hechos 4º y 5º de la demanda presentada por Alberto Baquero Guzmán contra Compañía Explotadora de Bosques S. A., se refieren a una suspensión del contrato de trabajo por ciento veinte días hecha por dicha sociedad, pero no por Industrias del Mangle S. A., y aún cuando la carta de despido, folios 8 y 9 y una nota dirigida por el demandante a Industrias Mangle S. A., aluden a una suspensión del contrato de trabajo, ya se vio como tal planteamiento constituía un medio nuevo en casación, que resalta si se tiene en cuenta que la defensa de la demandada se basó principalmente en que Baquero Guzmán había prestado sus servicios simultáneamente a varias entidades

aspecto que tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia al estudiar la petición sobre "Pensión Sanción"

(IV). En documento de folio 17 que es la liquidación de prestaciones y salarios hecha por Industrias del Mangle S. A. en quiebra, y que sirvió para la posterior consignación de la suma de $ 328.640.86 a favor de Baquero Guzmán en el Juzgado del conocimiento, se encuentran las siguientes partidas: SALARIOS: marzo 1º a junio 12 de 1973 $ 34.459.00 menos: retención en la fuente $ 3.400.00 $ 31.059.00 — SALDOS A SU FAVOR EN NUESTROS LIBROS - SALARIOS Y OTROS $ 41.980.96

Los falladores de instancia dedujeron que los salarios correspondientes al período comprendido entre el 1º de marzo y el 12 de junio de 1973 habían sido cancelados con la consignación, porque expresamente se indica en la liquidación la partida correspondiente. Pero no hicieron referencia a la otra partida por valor de $ 41.980.96, que cancela el saldo a favor de Baquero Guzmán por "salarios y otros". Por lo tanto apreció el Tribunal Superior en forma errónea el documento de folio 17, e incurrió en error de hecho al no haber dado por demostrado ese pago, violando así la regla 4ª del artículo 57 del Código del Trabajo al producir condena por dicho concepto.

(V). Indemnización por mora. La quiebra de una sociedad puede originar una mora justificada durante un término prudencial para cancelar a los trabajadores los salarios y prestaciones sociales, que se consideran como gastos que deben ser pagados preferentemente. Pero ante la obligación contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo de hacer dicho pago a la terminación del contrato de trabajo, obviamente corresponde al patrono demostrar la imposibilidad en que se encontró para solucionar oportunamente sus deudas laborales y que necesitó para ello de un término prudencial, pues de lo contrario su incumplimiento equivale a carencia de buena fe

En relación con la sanción contemplada en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, encuentra la Sala justificada la mora por las gestiones hechas por el Síndico que culminaron en la inclusión que de los créditos laborales a favor de Baquero Guzmán se hizo en el concordato celebrado dentro del proceso de Quiebra de Industrias del Mangle S. A., el dieciséis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro (folios 103 a 106).

Sin embargo, no se justificó el incumplimiento a partir de esa fecha, porque habiéndose hecho la respectiva reserva o previsión por $ 428.640.86 para cancelar las obligaciones laborales, ha debido hacerse la consignación respectiva como lo prevee el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez que el propio Síndico de la quiebra había hecho la liquidación respectiva, lo que daba una suma cierta que se confesaba deber, y cuyo valor debía cancelarse, por tratarse de créditos por salarios y prestaciones sociales, antes de ejecutar cualquier decisión concordatoria conforme con lo dispuesto en el artículo 1889 del Código de Comercio. La consignación sólo vino a hacerse dentro del proceso laboral el veintinueve de abril de mil novecientos setenta y cinco

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 30).

Alberto Baquero Guzmán, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a **Industrias del Mangle** S. A., en estado de quiebra, representada por el Síndico de la misma, para que fuere condenada a pagarle lo siguiente: "1º. El valor del Auxilio de Cesantía, correspondiente al tiempo de servicios entre el primero (1º) de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y el doce (12) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973) conforme a las disposiciones legales; 2º el valor de los salarios comprendidos entre el primero (1º) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972) y el doce (12) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973); 3º. El valor de las primas de servicios correspondientes al segundo semestre de mil novecientos setenta y dos (1972) y el período comprendido entre el primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y tres (1973) y el doce (12) de junio siguiente; 4º. El valor de las vacaciones causadas y no disfrutadas a partir del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969); 5º. El valor de la indemnización por terminación unilateral, ilegal e injusta del contrato de trabajo, por parte de la sociedad demandada, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965; 6º. El valor que mediante el reconocimiento y pago que se ordene, corresponda a la pensión consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961; 7º. El valor de la indemnización ocasionada por la mora en el pago completo de los salarios y prestaciones sociales, por una suma igual al último salario diario devengado por el trabajador, por cada día de retardo, desde el doce (12) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973) y hasta cuando el pago completo de dichos salarios y prestaciones se efectúe; 8º. Las costas del juicio".

Según los hechos de la demanda Industrias del Mangle S. A., se encuentra en estado de quiebra, estando el proceso en curso en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá; el 1º de marzo de 1958 la sociedad demandada contrató los servicios personales de Alberto Baquero Guzmán como Secretario Contador, cargo que desempeñó hasta el 15 de febrero de 1972, fecha en la cual fue designado Gerente Administrativo permaneciendo en este cargo hasta el 12 de junio de 1973 cuando su contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral, ilegal e injusto; su tiempo de servicio fue en total de 15 años 3 meses 12 días. A la terminación del contrato la sociedad demandada no había cancelado los salarios adeudados al demandado por servicios prestados del 1º de octubre de 1972 al doce de junio de 1973, ni canceló las primas de servicios correspondientes al segundo semestre de 1972 y al período servido en 1973, ni los demás conceptos que se piden en la demanda.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Industrias del Mangle S. A., en estado de quiebra, aceptó unos hechos y negó otros. Propuso como excepciones la de prescripción, petición antes de tiempo, inexistencia de las obligaciones y pago parcial o total.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia en cuya parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO. CONDENAR como en efecto CONDENA a la SOCIEDAD INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., EN QUIEBRA tres días después de ejecutoriada esta sentencia, a pagar al señor ALBERTO BAQUERO GUZMAN, las cantidades de dinero que a continuación se enumeran: a). Por concepto de PENSION SANCION, la suma de CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 5.777.10 M/cte.), a partir del diecinueve (19) de marzo de mil novecientos setenta y cuatro (1974), fecha en la cual el actor cumplió los cincuenta (50) años de edad, según la documental que obra a folio 103 del expediente. b). Por concepto de reajuste de salarios comprendidos del primero (1º) de octubre de mil novecientos setenta y dos (1972) al día último del mes de febrero de mil novecientos setenta y tres (1973), la cantidad de CINCUENTA MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 50.675.00) M/cte.; c). La cantidad de CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS PESOS CON NOVENTA CENTAVOS ($ 4.222.90 M/cte.), por concepto de reajuste del valor de la INDEMNIZACION POR DESPIDO. SEGUNDO. ABSOLVER como en efecto ABSUELVE a la SOCIEDAD INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., EN ESTADO DE QUIEBRA, de las demás peticiones incoadas en el libelo de demanda. TERCERO. DECLARAR como en efecto DECLARA PROBADA la excepción de PRESCRIPCION, y de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia. TERCERO. COSTAS: Estas correrán a cargo de la parte demandada en un 70%. Por la Secretaría tásense".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso en sentencia de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y seis, que revocó el numeral segundo del fallo apelado en cuanto absuelve a la demandada de la indemnización moratoria y en su lugar la condenó a pagar a Alberto Baquero Guzmán la cantidad de doscientos veintiocho mil setecientos trece pesos con 16/100 ($ 228.713.16), por dicho concepto, y la Confirmó en todo lo demás. Condenó en las costas de la segunda a Industrias del Mangle S. A., cuyo apoderado recurrió en casación.

Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido posteriormente por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda y del escrito de réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

"Aspiro con la presente demanda que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto el H. Tribunal condenó a INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., en estado de quiebra, a pagar a ALBERTO BAQUERO GUZMAN indemnización moratoria y las costas de la segunda Instancia, y en cuanto al confirmar el fallo del a quo, condenó a la sociedad a pagar al actor, pensión sanción, los salarios correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1972 y el 12 de junio de 1973, el reajuste de la Indemnización por despido y las costas de la primera Instancia en un 70%, y que convertida esa H. Corporación en Tribunal de Instancia, revoque los numerales 1º y "3º" (sic), este último sobre costas, de la sentencia de primer grado de fecha 30 de marzo de 1976 y confirme el numeral 2º de la misma sentencia y absuelve a mi representada de las condenas principales hechas en su contra y de las Costas de la 1ª y 2ª Instancia, que deben ser impuestas al actor ALBERTO BAQUERO GUZMAN".

Con fundamento en la causal primera de Casación presenta un solo cargo, que enuncia así:

Cargo único

"La sentencia del H. Tribunal es violatoria por aplicación indebida de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968; 8º de la Ley 171 de 1951, 5º y 6º

del Decreto primeramente citado, en la modalidad éstos de falta de aplicación; 1º del Decreto 617 de 1954, modificatorio del 38 del Código Sustantivo del Trabajo; 54 del Código antes citado, 57, regla 4ª, 61, 51, 53 y 65 ibídem, 11 y 21 del Decreto 2351 de 1965 y 1953 del Código de Comercio; 194, 195, 200 y 201 del Código de Procedimiento Civil, y 1625, 1634, 1956 y 2313 del Código Civil, A la violación de estos preceptos llegó el H. Tribunal a consecuencia de errores de hecho que se produjeron por mala apreciación de unas pruebas y no estimación de otras".

Los errores de hecho que el casacionista estima fueron cometidos por el Tribunal Superior los hace consistir en:

"1º. Dar por probado, sin estarlo, que INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., en quiebra y en estado de liquidación, puso fin al contrato de trabajo que la ligaba con BAQUERO GUZMAN, en forma ilegal y sin justa causa;

"2º Dar por demostrado, no estándolo que el actor había prestado sus servicios a la demandada durante 15 años, 3 meses y 12 días;

"3º. Dar por demostrado, sin estarlo, que INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., obró de mala fe al no pagar los salarios y prestaciones debidas a su trabajador BAQUERO GUZMAN a la terminación del contrato de trabajo, o sea el 12 de junio de 1973;

"4º. Dar por demostrado, no estándolo, que en este caso la terminación del contrato obedeció a la voluntad de la demandada;

"5º. No dar por demostrado, estándolo, que una vez arbitrados los recursos necesarios por el liquidador de la empresa en quiebra, éste no solamente pagó las acreencias laborales adeudadas a los trabajadores que se hicieron presentes en el concordato definitivo de liquidación, sino las del actor y esto a instancias y por iniciativa del Síndico de la Quiebra;

"6º. No dar por demostrado, estándolo, que el señor ALBERTO BAQUERO GUZMAN fue trabajador de INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., durante 14 años, 10 meses y 12 días, desde el 1º de agosto de 1958 hasta el 12 de julio de 1973, tiempo cronológico, pero que el real teniendo en cuenta la suspensión de su contrato fue de 14 años, 7 meses y 20 días;

"7º. No dar por demostrado, estándolo, que la terminación del contrato que ligaba a INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., con el actor se ocasionó 'por liquidación de la Compañía por Quiebra';

"8º. No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad en Quiebra tuvo razones atendibles para pagar con demora tanto las prestaciones como los salarios que le adeudaba a un extrabajador ALBERTO BAQUERO G.;

"9º. No dar por demostrado, estándolo, que INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., pagó de preferencia y dentro de la prelación señalada en los artículos 11 y 21 del Decreto 2351 de 1965 las prestaciones y salarios de su extrabajador BAQUERO GUZMAN;

"10. No dar por demostrado, estándolo, que la Sociedad demandada pagó a su extrabajador los salarios solicitados en la demanda, es decir los comprendidos entre el 1º de octubre de 1972 y el 12 de junio de 1973, y,

"11. No dar por probado, estándolo, que el demandante no tenía derecho al pago de pensión de jubilación restringida ni al reajuste de la indemnización por despido injusto".

Como pruebas erróneamente apreciadas el impugnador indica: a) Carta P-73015 de junio de 1973 dirigida por el Síndico de la quiebra de Industrias del Mangle S. A., a Alberto Baquero Guzmán (fls. 8 y 9); b) Documento del folio 10; c) Liquidación de prestaciones y salarios enviada por el Síndico de la quiebra a Baquero Guzmán (folio 17); d) Continuación de la diligencia de inspección ocular.

Como pruebas no apreciadas por el sentenciador señala:

"a) Carta de BAQUERO GUZMAN al gerente de INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., aceptando la suspensión del contrato de trabajo, antes de que aquella fuera declarada en quiebra (folio 42); b) Carta Nº 73157 de diciembre 12/73 (folio 2); c) Testimonio de OSCAR GRAJALES (fls. 86 a 88); d) Diligencia de Inspección Ocular (fls. 92 a 97); e) Copias auténticas de varias piezas del juicio de quiebra (fls. 101 a 105); f) Comunicación dirigida por BAQUERO al Gerente de INDUSTRIAS DEL

MANGLE S. A., (fl. 42); g) Confesión hecha por el apoderado de BAQUERO en la demanda contra COMPAÑIA EXPLOTADORA DE BOSQUES hechos 4º y 5º (fl. 33). h) Declaración de OSCAR GRAJALES (fls. 86, 87 y 88); i) Declaración de parte del Síndico de la quiebra en la respuesta a las preguntas 3ª, 4ª, 5ª y 6ª; j) Documentos de los folios 51 y 52, 60, 56, 61; k) Diligencia de Inspección Ocular (fls. 92 a 97); l) Documentos de folios 115 y 116; ll) Retiro de las sumas consignadas a favor de BAQUERO GUZMAN (fls. 120 y 121); m) Confesión hecha en la demanda, hecho 4º".

Al sustentar el cargo el impugnador transcribe apartes del fallo de Sala Plena Laboral de veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos, Carlos Enrique Narváez contra Central Automotor Ltda., y dice que el contrato que vinculó a las partes fue a término indefinido y que perdió su vigencia cuando se declaró la quiebra de la sociedad y se ordenó su disolución y liquidación, hechos estos que constan en el certificado expedido por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá en certificación que obra a folios 101 y 102, que no fue tenida en cuenta por los falladores de instancia, quienes se limitaron a afirmar que la terminación del contrato había sido injusta, siendo así que se produjo por disolución y liquidación de la sociedad, además de que hay la quiebra es un modo de extinción del contrato de trabajo, según el inciso 2º del artículo 11 inciso 2º del artículo 21, ambos del Decreto 2351 de 1965, que han sido ratificados por el numeral 7º del artículo 1953 del Código de Comercio. Agrega el recurrente que el Tribunal no apreció debidamente la carta de despido, folios 8 y 9, que contiene la explicación a Baquero Guzmán de que la quiebra como hecho imponía la terminación del contrato, que por otra parte había perdido su vigencia, pues sólo se adelantaban las labores de inventarios y balances para la liquidación definitiva de la sociedad, que no requería el cargo de Sub-gerente administrativo.

En relación con el reajuste de la indemnización por despido dice el impugnador que el Tribunal incurrió en error grosero al dar por demostrado con base en el documento de folio 17 un tiempo de servicios del demandante de 15 años 3 meses y 12 días, cuando en dicho documento aparece que ingresó al servicio de la empresa el primero de agosto de 1958 y el retiro se produjo el 12 de junio de 1973, o sea que el contrato duró menos de quince años; también argumenta que Baquero Guzmán no discutió haberse producido la suspensión del contrato de trabajo por 120 días a partir del 22 de febrero de 1973, como se lo recordó la empresa en la carta de despido por lo cual el tiempo de servicios realmente prestado fue de 14 años 3 meses y 20 días, y que si aparece en la liquidación de prestaciones una deuda de salarios por el tiempo de suspensión, eso no indica que desde el 22 de febrero hasta el 12 de junio de 1973 Baquero Guzmán hubiese trabajado, sino que se le reconoció sin debérsele el salario por el lapso indicado. En consecuencia estima el casacionista que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en cuanto considera que debe reajustarse una indemnización que en realidad no se debe por no haberse producido el perjuicio y en la modalidad de falta de aplicación el artículo 2313 del Código Civil, debiendo anotarse que sí se liquidó y pagó una suma por tal concepto, ello no constituye confesión de deber, porque en caso de despido injusto lo que se confiesa son los hechos que lo configuraron y en el caso en estudio quedó claro que la terminación del vínculo obedeció a un modo legal de expiración del mismo, cual fue la liquidación de la Empresa ordenada por el Juez. Agrega que la extraña motivación del Tribunal sobre esta condena no pudo fundamentarse en la carta de folio 10, por cuanto no la tuvo en cuenta el **ad quem** ni es una comunicación entre las partes en litigio y está en contradicción con otras pruebas de mayor calidad. Referente a la pensión contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 dice el recurrente que únicamente se encuentra demostrado el capital de la Empresa, no así el despido sin justa causa ni el tiempo mayor de 15 años, habiendo incurrido en evidente error de hecho el Tribunal al darlos por demostrados sin estarlo, errores que se debieran a la errónea apreciación del documento de folio 17, y a la falta de apreciación de los documentos de folios 8, 9 y 42, la confe-

sión hecha en la demanda contra Compañía Explotadora de Bosques, filial de Industrias del Mangle S. A., hechos 4º y 5º (folio 33) la declaración de Oscar Grajales (folios 86, 87, y 88), la declaración de parte del Síndico de la Quiebra relacionada con los documentos de folios 61, 51 y 52 y con la inspección ocular, folio 92 a 97 y documentos de folios 50 y 56.

En relación con la condena por "reajuste de salarios" dice el casacionista:

"Esta parte del fallo recurrido revela en sí misma el descuido del sentenciador al proferir su fallo. En efecto, sin que para ello influya la forma como terminó el contrato, sostener que ni en la liquidación de prestaciones ni en la consignación hecha por la Sociedad aparecen pagados los salarios entre el 1º de octubre de 1972 y el último de febrero de 1973, es un error manifiesto. Al folio 17 obra la mencionada liquidación de prestaciones y salarios en la cual figuran los salarios correspondientes al lapso transcurrido entre el **'1º de marzo y el 12 de junio de 1973 por $ 34.459.00'**, (subrayo) que no debía la Empresa en razón de la suspensión del contrato y cuyo saldo líquido, restándolo lo correspondiente a retención en la fuente, dio un total de $ 31.050.00 y además al final aparece una partida que dice **'Saldo a su favor** (de Baquero Guzmán) **en nuestros libros (Salarios y otros '$ 41.98096)'**, (subrayo). Esta última suma debe tenerse toda como salarios ya que no se especificó lo referente a 'otros', que agregada a las demás partidas de la liquidación dio un total de $ 328.640.86, que se consignó a favor del actor tal como aparece en la inspección ocular y fue admitida por el Juzgado (folio 117) y se retiró por el apoderado de Baquero previa autorización del Juez dada en la misma inspección (fls. 118, 120, 121). No apreció debidamente el Tribunal en consecuencia, como tampoco lo hizo el Juzgado, el documento del folio 17 ni la carta de despido (folios 8 y 9), ni la diligencia de inspección ocular (continuación) de los oficios 117 y 118 de que habla el sentenciador cuando estudia la petición por salarios caídos y dejó de apreciar la carta de folio 42, la diligencia de entrega de la suma consignada por un valor igual al de la liquidación de prestaciones y salarios (fls. 120 y 121) y las copias de los oficios dirigidos al Banco Popular para que se pagara al apoderado de Baquero Guzmán la suma de $ 328.640.86 (fls. 122 a 125); además la suma de $ 41.986.96 tiene que corresponder a los salarios de octubre de 1972 a febrero de 1973, por cuanto junto con los de marzo a junio 12 del mismo año, es lo que confiesa el actor en el hecho 4º de la demanda (fl. 20) que se le adeuda y la que aparece en dos partes por diferentes sumas en la liquidación bajo el rubro de 'salarios' que se le reconocieron y consignaron. El Tribunal como consecuencia de lo dicho y al confirmar esta condena del **a quo** aplicó indebidamente los artículos 57, regla 4ª, 66, numeral 2º y 139 del Código Sustantivo del Trabajo, y 1625, 1634 y 1656 del Código Civil".

Por último el impugnador, luego de transcribir las consideraciones de los falladores de instancia sobre la indemnización por mora, argumenta así sobre el particular:

"El Tribunal, y es penoso observarlo, tuvo que hacer decir al Juzgado cosas diferentes a las que tuvo en cuenta para absolver a la Empresa de esta pretensión, con el fin de poder en segunda instancia condenarla a la indemnización moratoria. Confunde el sentenciador la iliquidez del deudor con la insolvencia del mismo y la quiebra con el estado de emergencia que ella produjo en la sociedad. No tuvo en cuenta ni las razones expuestas por el apoderado de la Sociedad sobre la demora en el pago de acreencias laborales, ni el comportamiento de la demandada en el juicio y en abierto desconocimiento de la jurisprudencia de esa H. Corte, por el solo hecho de no haber pagado los salarios y las prestaciones sociales en la fecha de terminación del contrato, produce una condena automática por indemnización moratoria. Pero para disimular la verdadera razón de su condena, arguye que como el despido de Baquero se apoyó en el estado de quiebra, la sociedad estaba obligada a dar aplicación al numeral 2º del artículo 21 del Decreto 2351 de 1965, es decir pagar de preferencia las prestaciones sociales de sus trabajadores y que como tal norma no se cumplió mal puede hablarse de buena fe 'ya que la inobservancia de ellas hace presumir lo contrario'. Ninguna prueba existe en el expediente con la cual se acredite

que Industrias del Mangle pagó primero otras acreencias que los salarios y prestaciones de sus propios trabajadores. Los documentos de los folios 115 y 116 que no tuvo en cuenta el Tribunal hacen resaltar cómo Industrias del Mangle se preocupó por liquidar al personal retirado. Lo que sucede es que la ley no dice a cual de los trabajadores se debe pagar primero; la preferencia a que se refiere el numeral 2º del artículo 21 del Decreto 2351 de 1965, como el mismo numeral del precepto 11 del estatuto citado, es en relación con las deudas civiles. No es cierto entonces y constituye error de hecho evidente afirmar como lo hizo el **ad quem** que Industrias del Mangle S. A., no había dado cumplimiento al artículo 21, numeral 2º del Decreto 2351 de 1965, es decir que había pagado de preferencia antes de las deudas laborales otras distintas a prestaciones y salarios de sus extrabajadores. Por otra parte se hace necesario examinar las razones expuestas para el no pago oportuno de las deudas laborales a cargo de la sociedad demandada y a favor de Baquero Guzmán y el comportamiento de aquélla en el juicio. En la carta mediante la cual el Síndico le comunicó al actor, el 12 de junio de 1973 la terminación de su contrato de trabajo en razón de que la situación de quiebra de la Sociedad lo obligaba a ello, se le hace ver como desde el 22 de febrero anterior está suspendido su contrato de trabajo y se le pide a Baquero hacerle llegar al representante del quebrado 'la liquidación que estime conveniente de sus prestaciones, a parte (sic) de la que en mi calidad de Síndico habré de presentar, con el fin de llevársela al Juez que conoce del proceso de quiebra'. El 12 de diciembre siguiente sin que el actor enviara la dicha liquidación, vuelve el Síndico a comunicarse con Baquero y por carta Nº 73157 le avisa que ante una consulta hecha al Ministerio del Trabajo que opinó que la terminación del contrato por la forzosa situación de quiebra de la Empresa era ilegal, se le había liquidado el valor de la indemnización y que se le adjuntaba la liquidación 'correspondientes a sus prestaciones sociales' que es la que obra a folio 17 presentada como prueba por el actor (fl. 24). Termina diciendo el Síndico: 'Enviaré el original de la liquidación al Juez de la quiebra, con el original también de la respuesta dada por el Ministerio del Trabajo, a fin de que se tenga en cuenta en la sentencia de prelación de créditos, o en el concordato de liquidación que aspiro realizar en los primeros meses del año entrante'. También en la misma comunicación se dice al demandante que su ingreso real fue en el año de 1958. Además el documento de folio 42 da cuenta de la aceptación de la suspensión del contrato por parte de Baquero y de su reconocimiento del grave estado por el que atraviesa la sociedad. Estos documentos y la liquidación del folio 17 indican varias cosas: a) Que sin tener derecho el actor para percibir salarios entre el 22 de febrero de 1973 y el 12 de junio del mismo año, por estar suspendido su contrato y aceptada la suspensión la Empresa se los reconoció en la liquidación aludida; b) Que sin tener obligación de aceptar un concepto del Ministerio del Trabajo, el Síndico lo acogió y liquidó a Baquero una indemnización a que no tenía derecho; c) Que se le ofrece llevar al Juez de la quiebra la liquidación de sus prestaciones y el original de la respuesta dada por el Ministerio del Trabajo, a fin de que, se tenga en cuenta en la sentencia de prelación de créditos. Todo lo anterior indica la buena fe de la Sociedad en quiebra y debe descartarse de plano la mala fe de aquélla. Lo que sucede es que la carta en que el Síndico avisa a Baquero Guzmán sobre la terminación de su contrato, lo mismo que la liquidación de prestaciones no fueron estimadas correctamente por el sentenciador, el que además dejó de estimar la comunicación 7357 del folio 2 y la dirigida por el actor al Gerente de la sociedad de folio 42. Pero es más. Es el propio Síndico de la quiebra el que interviene para proteger los derechos de los trabajadores que no habían dado poder para que fueran representadas en el concordato, entre los cuales se cuenta Baquero Guzmán, fls. 103 y 104; por otra parte el apoderado de Industrias del Mangle S. A., explica en la continuación de la diligencia de Inspección Judicial el por qué hasta el 29 de abril de 1975 se hace la consignación de lo debido a Baquero (fl. 118). Todo lo anterior indica la buena fe de la Empresa; lo que sucede es que el Tribunal no tuvo en cuenta la actuación

del Síndico y apreció con error las razones expuestas por el apoderado de la Sociedad quebrada. Si esto no hubiera ocurrido y se hubieran aceptado estas razones atendibles en sana lógica y con arreglo a la jurisprudencia de la H. Corte, no se habría dado aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pero como éste se aplicó al caso de autos, se cometió entonces la violación de la ley, por el concepto de indebida aplicación del dicho precepto".

Para el opositor la decisión unilateral, ilegal e injusta para dar por terminado el contrato de trabajo no fue rechazada por la demandada, sino consentida y confesada, por lo cual no podía plantearse en casación. Estima además que el Juzgado Civil no podía decretar la liquidez de la sociedad demandada y que cuando se liquida una empresa el patrono está obligado a seguir el trámite señalado en el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y en el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 para dar por terminados los contratos de trabajo, y que la quiebra, "como institución jurídica para los comerciantes, por sus causas, el objeto que persigue y la legislación que la regula, es muy distinta a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, que regula un orden social determinado, para que no se atropelle y desconozcan los derechos de los trabajadores". Respecto al tiempo de servicios dice que el demandante comprobó que la iniciación de la relación de trabajo fue el 1º de marzo de 1958 con el documento de folio 10, suscrito por el entonces Gerente señor Carlos Mazabel Durán, que en relación con la alegada suspensión de ciento veinte días, no se demostró que en realidad el demandante hubiese dejado de trabajar en esos días, además de que no se produjo con motivo de una causa señalada en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. Por último en relación con la indemnización por mora dice que la buena fe de la demandada está totalmente desvirtuada con la conducta del Síndico que no cumplió el concordato y con la de la entidad patronal al no pagarle sus salarios del 14 de octubre de 1972 al 12 de junio de 1973 y la no cancelación de sus prestaciones a partir de la terminación del contrato y la consignación de una suma inferior en cien mil pesos ($ 100.000.00) a lo consignado en el concordato.

Se considera

La Sala estudiará las acusaciones en el orden propuesto por el recurrente, o sea en relación con la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, el reajuste de la misma, la pensión de jubilación por despido sin justa causa, reajuste de salarios e indemnización moratoria.

I. La quiebra por sí misma no termina el contrato de trabajo. Puede ser un modo de terminación si conduce a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento o a la suspensión de actividades del patrono durante más de ciento veinte días, según lo previsto en las letras a) y f) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. De ahí que los artículos 11 y 21 del mismo Decreto hagan referencia a los casos en que la quiebra imponga el despido de trabajadores, locución que no debe entenderse, como pretende el recurrente, en el sentido de que establece la obligación de dar término a los contratos de trabajo, sino que contempla la hipótesis de que se produzca esa terminación como consecuencia de la falencia, caso en los cuales los salarios y prestaciones se tendrían como gastos. Ni es cierto que el artículo 1953 del Código de Comercio en su numeral 7º ratifique dicha supuesta obligación, pues apenas concede la facultad al Síndico de celebrar y terminar los contratos a que se refieren los presupuestos mensuales de gasto que deben ser sometidos al juez para su aprobación.

Hechas las anteriores consideraciones examinará la Corte las pruebas cuya apreciación errónea o falta de apreciación condujo al Tribunal Superior, según el impugnador, el error de hecho consistente en haber dado por demostrado que el demandante fue despedido injustamente.

El documento de folios 101 a 105, que el recurrente indica como no apreciado, es la copia de una providencia del Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá dictada el diecisiete de marzo de 1973 por medio de la cual, entre otras resoluciones, se declara en estado de quiebra a Industrias del Mangle S. A., y consecuencialmente se decreta la disolución y liquidación de la

citada sociedad. Esa decisión judicial no produce, por sí misma, como ya se dijo, la terminación de los contratos de trabajo, y si la liquidación y disolución de la sociedad trae consigo la liquidación de la empresa o la suspensión de actividades por más de ciento veinte días, los contratos finalizarían por un hecho diferente al de la simple quiebra. Si el documento en mención no acredita manifiestamente que el contrato de trabajo terminó por un modo distinto al de la decisión unilateral por parte del patrono, su falta de apreciación no incide en la conclusión fáctica a que llegó el Tribunal Superior.

El documento que obra en folios 8 y 9 es el original de la nota dirigida el 12 de junio de 1973 al señor Alberto Baquero Guzmán por el Síndico de la Quiebra de Industrias del Mangle S. A., y dice así:

"En febrero 22 del presente año el señor Víctor Emilio Jara, en la calidad de Gerente General de Industrias del Mangle S. A., por medio de la carta Nº P-73001 suspendió su contrato de trabajo con la empresa por el término de 120 días. Desde marzo 28 de los corrientes soy el Síndico Liquidador de Industrias del Mangle, S. A., en virtud de la designación realizada por el Juez 20 Civil del Circuito, dentro del proceso de quiebra que se adelanta respecto de esta Sociedad. El 15 de mayo, en virtud de una diligencia de embargo y secuestro realizada en las oficinas de Bogotá, de la Sociedad quebrada se me hizo entrega de todos los bienes de ella, diligencia que continuó posteriormente respecto de la Factoría de Buenaventura. Como Ud. sabe en virtud de la cesación de pagos y posteriormente de las actividades normales de Industrias del Mangle, S. A., no se está adelantando ninguna labor distinta a la de la elaboración de los balances, inventarios, para determinar la liquidación definitiva. En Buenaventura existe únicamente un personal dedicado a la vigilancia de las instalaciones y dos barcos en forma muy regular hacen una labor de cabotaje. En estas circunstancias su calidad de subgerente administrativo de la Empresa no tiene justificación y, por lo tanto, en desarrollo de las facultades otorgadas por el artículo 1953, ordinal 7º, me permito comunicarle la cancelación definitiva de su contrato de trabajo con la empresa. Si lo estima conveniente puede Ud. hacerme llegar la liquidación que estime conveniente de sus prestaciones, a parte de la que en mi calidad de Síndico habré de presentar, con el fin de llevársela al Juez que conoce del proceso de quiebra".

En la carta transcrita el Síndico de la Quiebra de Industrias del Mangle S. A, cancela definitivamente el contrato de trabajo con Alberto Baquero Guzmán, dando como razones para ello que las funciones que desempeñaba no tenían justificación con motivo de la cesación de pagos. De esta manifestación se deduce que la relación laboral entre demandante y demandado terminó por decisión unilateral del patrono y que el motivo invocado fue distinto a los contemplados en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo cuya prueba no surge del documento analizado. Es decir que en el supuesto de que la quiebra hubiera producido la suspensión parcial y temporal de actividades por más de ciento veinte días, situación que podría encajar la terminación del contrato de trabajo en un modo diferente al contemplado en la letra h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, no apreció erróneamente el Tribunal Superior la nota en que la entidad demandada comunica al trabajador la terminación del contrato si de la misma no dedujo que ésta no se había producido por otro modo que la decisión unilateral sin justa causa del patrono, por lo cual no incurrió el Tribunal Superior en el error de hecho que se le atribuye.

Por lo tanto el cargo no prospera en este aspecto de la acusación.

II. El documento que obra a folio 17 es una liquidación de prestaciones y salarios correspondientes al señor Alberto Baquero y está firmado por el Síndico de la Quiebra de Industrias del Mangle S. A, y el contador. Como fecha de ingreso aparece el 1º de agosto de 1958 y de retiro el 12 de junio de 1973, o sea, según la propia liquidación, un tiempo de servicios de 14 años 10 meses 12 días.

Al determinar el tiempo de servicio el Tribunal se apoyó en esta prueba tomando la fecha de ingreso y salidas allí señaladas, pero deduciendo un período servido

de 15 años 3 meses y 12 días, conclusión esta que es errónea a simple vista.

Sin embargo el error anotado no sería suficiente para quebrantar la sentencia recurrida, por cuanto al revisar la Corte en sede de instancia el fallo de primer grado encontraría que el Juzgado del conocimiento fundamentó su conclusión sobre el tiempo de servicios en el documento de folio 10, argumentando en los siguientes términos:

"De acuerdo con la documental de folio 10, consistente en la comunicación Nº 62176 suscrita por el entonces gerente de la empresa demandada INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., señor CARLOS MAZABEL DURAN y dirigida a la Junta Central de Contadores, resulta de ella que el demandante ejerció las funciones propias del cargo de Contador al servicio de la mencionada Sociedad, a partir del 1º de marzo de 1958. Dicha documental debe tenerse por auténtica, no sólo porque aparece presentada ante notario público sino porque también la misma le fue exhibida al señor Síndico de la Sociedad demandada, en quiebra, al formulársele una de las preguntas del interrogatorio de parte que absolvió dentro de este proceso y el cual obra a folios 62 a 65 del expediente. Por ello ha de reconocérsele todo su valor, en consecuencia de lo cual la fecha de iniciación de las respectivas labores por parte del señor Alberto Baquero Guzmán, ha de estimarse que fue la ya indicada, 1º de marzo de 1958. La correspondiente vinculación se considerará, así mismo, regida por un contrato de trabajo, aspecto este que por lo demás no se discute dentro del presente juicio, siendo de otro lado, el 12 de junio de 1973, la fecha de retiro del expresado demandante, como se desprende del comprobante sobre liquidación de prestaciones y salarios de folio 12, documental esta que aparece suscrita por el Síndico de la quiebra doctor Cesáreo Rocha Ochoa y por el señor Oscar Grajales Arango, en su calidad de contador, habiendo sido sus firmas reconocidas por quienes las estamparon, como se puede ver de las actuaciones obrantes a folios 62 a 65 y 81 a 83 del informativo".

El documento de folio 10, señala como fecha de iniciación del vínculo laboral el 1º de marzo de 1958 distinta a la del 1º de agosto de 1958 que es la contemplada en el documento de folio 17. No encuentra la Sala que una prueba sea mejor que otra, pues ambas provienen de quien tenía la representación legal de la sociedad demandada cuando fueron expedidos los documentos, y no aparece en el proceso una explicación sobre la diferencia de los mismos en cuanto a un hecho de importancia como es la fecha de ingreso a la empresa. Por esta razón si el fallador de primer grado le dio mayor credibilidad a uno de ellos, la Corte al resolver la segunda instancia respetaría esa decisión, por lo cual al confirmar la sentencia del a quo se haría inoficiosa la casación de la dictada por el Tribunal Superior.

Cuanto a la suspensión del contrato entre el 22 de febrero y el 12 de junio de 1973, no fue motivo de controversia en las instancias, como bien lo anota el opositor, pues ni en la demanda inicial, ni en su contestación, ni en los fallos de instancia, ni en los alegatos de los apoderados de las partes se planteó tal circunstancia. Hacer referencia en el recurso de casación a la suspensión aludida, constituye en consecuencia, un medio nuevo, inadmisible en el recurso extraordinario, como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina. Tampoco prospera este aspecto de la acusación.

III. Sobre la pensión contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 el impugnador insiste en que no existió el despido sin justa causa, como se vio en la primera parte del cargo y que el demandante no prestó sus servicios por más de quince años, lo que a su juicio también se probó al analizar lo relativo a la condena por reajuste de la indemnización por despido. Sobre este segundo punto agrega:

"El ad quem apreció indebidamente el documento del folio 17, por deducir de él, como ya se vio, un tiempo de servicio superior a quince años y dejó de apreciar, como también se demostró, los documentos de folios 8 y 9 y 42 la confesión hecha en la demanda contra Compañía Explotadora de Bosques, filial de Industrias del Mangle S. A. —hechos 4º y 5º— (fl. 33), la declaración de Oscar Grajales, quien dijo que como Contador había elaborado la liquidación de prestaciones que consta en el documento primeramente citado, teniendo para ello en cuenta los libros y archivos de la Empresa (fls. 86, 87 y 88), la decla-

ración de parte del Síndico de la quiebra que en realidad confiesa que el ingreso de Baquero se realizó el 1º de agosto de 1958 y que debe tenerse por confesión pues perjudica a Industrias del Mangle S. A., por cuanto en otros documentos auténticos como el de folio 61, el Jefe de Personal de la Sociedad, para que pudiera efectuarse la liquidación parcial de cesantía del actor, certifica que éste ingresó el 1º de enero de 1961, que aquél no objetó, y antes bien con él pidió al Ministerio de Trabajo que diera autorización a la Sociedad para que efectuare tal liquidación, la que fue otorgada y otra en fotocopia a los folios 51 y 52, y que debe tenerse en cuenta a pesar de no estar autorizada, por concordar con la diligencia de inspección ocular (fls. 92 a 97), la solicitud de Baquero de folio 60 y la última parte del recibo del folio 56, suscrito por el demandante en el juicio, pruebas todas estas que tampoco fueron apreciadas por el Tribunal".

Ahora bien: el documento de folio 17 fija como fecha de ingreso del trabajador el 1º de agosto de 1958; esta fecha es repetida por el Síndico de la Quiebra; a folios 61 el Jefe de Personal de Industrias del Mangle S. A., deja constancia que Alberto Baquero Guzmán presta sus servicios a la empresa desde el día 1º de enero de 1961.

Además, como ya se vio al estudiar lo referente a la condena por reajuste de la indemnización por despido, obra a folios 10 una certificación expedida el 3 de abril de 1962 por quien en esa fecha era Gerente de Industrias del Mangle S. A., según la cual Alberto Baquero Guzmán venía desempeñando el cargo de Jefe del Departamento de Contabilidad desde el 1º de marzo de 1958. Es decir que documentos provenientes de la demandada y la confesión del Síndico de la Quiebra difieren en cuanto a la fecha de ingreso, por lo cual no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal Superior al dar por demostrado un tiempo de servicios de 15 años 3 meses y 12 días, que se acomoda a la iniciación del vínculo laboral el 1º de marzo de 1958, fecha señalada en una de las pruebas tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia.

Los hechos 4º y 5º de la demanda presentada por Alberto Baquero Guzmán contra Compañía Explotadora de Bosques S. A., se refieren a una suspensión del contrato de trabajo por ciento veinte días hecha por dicha sociedad, pero no por Industrias del Mangle S. A., y aún cuando la carta de despido, folios 8 y 9 y una nota dirigida por el demandante a Industrias del Mangle S. A., aluden a una suspensión del contrato de trabajo, ya se vio como tal planteamiento constituía un medio nuevo de casación, que resalta si se tiene en cuenta que la defensa de la demandada se basó principalmente en que Baquero Guzmán había prestado sus servicios simultáneamente a varias entidades, aspecto que tuvo en cuenta el fallador de segunda instancia al estudiar la petición sobre "Pensión Sanción", como pasa a verse de lo que a continuación se transcribe:

"Alega la parte demandada que esta prestación no corre a su cargo, por cuanto hubo una coexistencia de contratos de trabajo entre el demandante y varias empresas filiales de la demandada. Empero, no sólo el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, autoriza esta coexistencia sino que, el artículo 196 del mismo estatuto al hablar de la coexistencia de prestaciones en su ordinal 1º, también la contempla. Su segundo ordinal se refiere exclusivamente a las prestaciones de tipo asistencial o en especie, sin que pueda hacerse extensivo su alcance a las prestaciones en dinero que deben pagarse por el patrono que recibe los servicios, como se paga el salario. Entonces, como no se probó la justa causa para el despido, y como además se reúnen los restantes requisitos exigidos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, sin que, de otra parte, el capital de la demandada haya sido objeto de discusión, la Sala deberá confirmar la condena, por pensión sanción decretada en la sentencia recurrida".

No habiendo presentado el recurrente nuevos argumentos para sustentar que existió error de hecho al dar por demostrado el Tribunal Superior que el demandante fue despedido sin justa causa, y no acreditando los que adicionalmente se expusieron en torno al tiempo que duró la relación laboral, no prospera este aspecto de la acusación.

IV. El mal llamado "reajuste de salarios" por los falladores de instancia se refieren a la petición y respectiva condena sobre salarios impagados en el período com-

prendido entre el 1º de octubre de 1972 y el día último del mes de febrero de mil novecientos setenta y tres.

En el documento de folio 17 que es la liquidación de prestaciones y salarios hecha por Industrias del Mangle S. A., en Quiebra, y que sirvió para la posterior consignación de la suma de $ 328.640.86 a favor de Baquero Guzmán en el Juzgado del conocimiento, se encuentran las siguientes partidas: SALARIOS: Marzo 1º a junio 12 de 1973 $ 34.459.00, Menos: retención en la fuente ($ 3.400.00) - $ 31.059.00. SALDO A SU FAVOR EN NUESTROS LIBROS. Salarios y otros $ 41.980.96.

La suma de las dos partidas anotadas y de otras correspondientes a cesantía por $ 79.758.61, vacaciones por $ 15.202.50 y prima de servicios por $ 4.560.79 e indemnización por $ 156.078.85, es de $ 328.640.86, cantidad igual a la consignada.

Los falladores de instancia dedujeron que los salarios correspondientes al período comprendido entre el 1º de marzo y el 12 de junio de 1973 habían sido cancelados con la consignación, porque expresamente se indica en la liquidación la partida correspondiente. Pero no hicieron referencia a la otra partida por valor de $ 41.980.96, que cancela el saldo a favor de Baquero Guzmán por "salarios y otros". Por lo tanto apreció el Tribunal Superior en forma errónea el documento de folio 17, e incurrió en error de hecho el no haber dado por demostrado ese pago, violando así la regla 4ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo al producir condena por dicho concepto.

Prospera el cargo en el aspecto anotado. La sentencia recurrida se casará en lo pertinente y la decisión de instancia se tomará de acuerdo con las consideraciones que se harán más adelante.

V. Sobre la indemnización por mora dijo el Tribunal Superior:

"Para absolver de esta pretensión el señor Juez de la primera instancia se limitó a hacer hincapié de falencia económica de la demandada, en su iliquidez y en la casación de pagos determinada por el estado de quiebra (fls. 140 a 142). Mas no tuvo en consideración el a quo que la insolvencia del deudor no puede equipararse a buena fe que exima de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y menos en este caso concreto, en el cual el despido se apoyó precisamente en el estado de quiebra (fls. 8 a 9), lo cual determinaba para la demandada la aplicación del artículo 21 del Decreto 2351 de 1965, cuyo ordinal 2º, reza: 'Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, las prestaciones sociales se tendrán como gastos que deben ser pagados de preferencia'. Entonces, si no se dio cumplimiento a la norma transcrita mal puede hablarse de buena fe, ya que la inobservancia de ellas hace presumir lo contrario. Quiere decir lo anterior que, como el despido se operó el 12 de junio de 1973 y la consignación de lo debido sólo se realizó el día 29 de abril de 1975 (fls. 8 y 117 y ss.), la demandada deberá pagar el valor de un día de salario por cada día de retardo, transcurrido entre la fecha de terminación del contrato y aquélla en que se realizó la consignación judicial ante el Juzgado del conocimiento, vale decir, a partir del día en que el patrono dio aplicación al mandato contenido en el ordinal 2º del ya citado artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia, se revocará en lo pertinente la sentencia apelada y, en su lugar, se condenará a la demandada al pago de la suma de $ 228.713.16, que es la resultante de multiplicar el número de días transcurridos entre la fecha del despido y aquélla en que se verificó la consignación, y con base en el último salario devangado por el trabajador que fue de $ 10.135.00 mensuales, según certificado que puede verse a folio 17".

La quiebra de una sociedad puede originar una mora justificada durante un término prudencial para cancelar a los trabajadores los salarios y prestaciones sociales, que se consideran como gastos que deben ser pagados preferentemente. Pero ante la obligación contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo de hacer dicho pago a la terminación del contrato de trabajo, obviamente corresponde al patrono demostrar la imposibilidad en que se encontró para solucionar oportunamente sus deudas laborales y que necesitó para ello de un término prudencial, pues de lo contrario su incumplimiento equivale a carencia de buena fe.

El recurrente sustenta la existencia de esa buena fe en los siguientes hechos: que

la sociedad demandada reconoció el valor de los salarios correspondientes al período comprendido entre el 22 de febrero y el 12 de junio de 1973, sin que el trabajador tuviese derecho a los mismos por estar suspendido su contrato de trabajo; que el Síndico aceptó el concepto del Ministerio del Trabajo y pagó a Baquero Guzmán una indemnización por despido a que no tenía derecho y que ofreció llevar al Juez de la quiebra la liquidación de sus prestaciones y el original de la respuesta dada por el Ministerio del Trabajo, a fin de que tuviere en cuenta en la sentencia de prelación de créditos.

El primer hecho, o sea la suspensión del contrato de trabajo, no lo dio por demostrado el Tribunal Superior. Además sólo se hace referencia a la misma en una carta dirigida el 22 de febrero de 1973 por Baquero Guzmán al Gerente de Industrias del Mangle S. A., folio 42, en la cual acusa recibo de una nota y dice que cumplirá la suspensión a que se refiere la misma, sin que se deduzca si fue una suspensión disciplinaria, o una suspensión del contrato y en tal caso por cuanto tiempo y por cual causa, y en la carta de despido, firmada por el Síndico de la Quiebra, folios 8 y 9, que hace referencia a la suspensión del contrato de trabajo hecha por el Gerente General el 22 de febrero de 1973 por ciento veinte días. Ninguna de estas cartas acredita fehacientemente que Baquero Guzmán dejó de prestar sus servicios durante esos días.

Cuanto a la aceptación del concepto del Ministerio del Trabajo sobre la terminación del contrato sin justa causa es un indicio de buena fe, pues demuestra el propósito del Síndico de la Quiebra de cancelar al demandante lo que se le adeudaba laboralmente.

En relación con el tercer argumento la Corte lo encuentra válido, pues el Síndico de la Quiebra estuvo atento a la liquidación de prestaciones sociales con el fin de llevarla al Juez de la Quiebra para su aprobación, como puede verse en la carta que obra a folios 8 y 9, en la cual le dice al demandante: "Si lo estima conveniente puede hacerme llegar la liquidación que estime conveniente de sus prestaciones, a parte de la que en mi calidad de Síndico hube de presentar, con el fin de llevársela al Juez que conoce del proceso de quiebra" y en la de folios 2 y tres, fechada el 12 de diciembre de 1973, también dirigida a Baquero Guzmán: "Como el Ministerio de Trabajo en su concepto dice que la Sociedad quebrada debe responder por la terminación unilateral del contrato, se le ha liquidado a Ud. el valor correspondiente a la indemnización por la terminación unilateral del contrato. Pero de todos modos la liquidación se hace desde el día que cesaron sus funciones, o sea el 12 de junio del cursante año. Enviaré original de la liquidación al Juez de la quiebra, con el original también de la respuesta dada por el Ministerio de Trabajo, a fin de que se tenga en cuenta en la sentencia de prelación de créditos, o en el concordato de liquidación que aspiro realizar en los primeros meses del año entrante".

Es decir, que dentro de las limitaciones originadas en el estado de quiebra no descuidó el Síndico de la misma el cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual estuvo pendiente de llevar al Juez para su aprobación la liquidación de lo adeudado a Baquero Guzmán por concepto de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, diligencia que acredita la buena fe del patrono demandado y que justifica parcialmente la mora, como se verá al decidir la Sala en instancia. El cargo prospera en este aspecto de la acusación por haberse violado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la sentencia se casará en lo pertinente, aún cuando no con las consecuencias solicitadas por el recurrente.

Consideraciones de instancia

El último salario devengado por Alberto Baquero Guzmán fue de $ 10.135.00 mensuales, según documento de folio 17. No habiéndose demostrado por la sociedad demandada que los salarios que se piden en la demanda correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1972 y el 28 de febrero de 1973 le hubiesen sido cancelados cuando se causaron, se le adeudaban a la terminación del contrato. El

valor de estos cinco meses asciende a la cantidad de $ 50.675.00. Como en la suma que se consignó a favor del demandante aparece una partida por $ 41.980.96, queda un saldo insoluto de $ 8.694.04. Habiendo el Juez de primer grado impuesto una condena por $ 50.675.00 se modificará su cuantía para ajustarla a lo que en realidad se le adeuda a Baquero Guzmán después de la consignación.

En relación con la sanción contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, encuentra la Sala justificada la mora por las gestiones hechas por el Síndico, que culminaron en la inclusión que de los créditos laborales a favor de Baquero Guzmán se hizo en el concordato celebrado dentro del proceso de Quiebra de Industrias del Mangle S. A., el dieciséis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro (folios 103 a 106). Sin embargo no se justificó el incumplimiento a partir de esa fecha, porque habiéndose hecho la respectiva reserva o provisión por $ 428.640.86 para cancelar las obligaciones laborales, ha debido hacerse la consignación respectiva como lo prevé el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez que el propio Síndico de la Quiebra había hecho la liquidación respectiva, lo que daba una suma cierta que se confesaba deber, y cuyo valor debía cancelarse, por tratarse de créditos por salarios y prestaciones sociales, antes de ejecutar cualquier decisión concordatoria conforme con lo dispuesto en el artículo 1889 del Código de Comercio. La consignación sólo vino a hacerse dentro del proceso laboral el veintinueve de abril de mil novecientos setenta y cinco.

No estando justificada la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales durante el período comprendido entre el dieciséis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro y el 21 de abril de mil novecientos setenta y cinco, cuando fueron solucionadas las obligaciones laborales con la consignación, el trabajador demandante tiene derecho a que se le pague un día de salario por cada día de retardo en dicho período. A razón de un sueldo de $ 10.135.00 mensuales, no discutido en el recurso, la indemnización por mora asciende, de acuerdo con las operaciones aritméticas a la cantidad de ciento diecisiete mil doscientos veintiocho pesos con 17/100 m. l., suma en la cual se fijará el valor de la condena, previa modificación de la cuantía impuesta por 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 sentencia recurrida en cuanto confirmó la condena por reajuste de salarios impuesta en el fallo de primer grado en la letra b) del punto Primero de la parte Resolutiva por cincuenta mil seiscientos setenta y cinco pesos ($ 50.675.00) en cuanto condenó a la Sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 228.713.16 y en sede de instancia

Resuelve:

1º. Modifícase la cuantía de la condena por "reajuste de salarios" en el sentido de fijarla en la cantidad de OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON O4/100 ($8.694.04) M. L., y,

2º. CONDENASE a Industrias del Mangle S. A., en estado de Quiebra, a pagar al señor ALBERTO BAQUERO GUZMAN la suma de CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 12/100 ($117.228.12), por concepto de indemnización por mora. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas.

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

Juan Hernández Sáenz, José Eduardo Gnecco C., Enrique Arrázola Arrázola (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

JUSTA CAUSA DE DESPIDO

(Art. 450 del C. S. del T.)

La ilicitud de una cesación de actividades declarada por el Ministerio del Trabajo es justa causa de despido, dentro del marco de las regulaciones que acaban de mencionarse, aún para quienes disfruten de fuero sindical

FACULTAD DE ESCOGER ENTRE REINTEGRO DEL TRABAJADOR Y LA INDEMNIZACION POR DESPIDO

La facultad de escoger entre el reintegro del trabajador y la indemnización por despido les incumbe tanto al sentenciador del primer grado como al de la segunda instancia, según lo ha dicho esta Sala en varias oportunidades

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5824).

(Acta Nº 32).

El Tribunal Superior de Barranquilla, mediante sentencia del 9 de septiembre de 1976, dirimió en segunda instancia el juicio laboral propuesto por don **Jorge Trillos Pantoja contra "Pizano S. A.",** y condenó a esta última a reinstalar en su empleo al actor y a pagarle los salarios correspondientes al tiempo de cesantía.

Inconforme con esta providencia, la empresa interpuso casación para impetrar que sea infirmada y, en su lugar, se la absuelva de las súplicas del libelo.

Así consta en la demanda respectiva (fls. 11 a 20 de este cuaderno), donde formula dos cargos que merecieron réplica de su contraparte (fls. 24 a 31 **ibídem**).

Conviene entonces analizar el mérito de la acusación:

Cargo primero

Dice así: "Se fundamenta éste en que la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el Parágrafo único del artículo 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto reglamentario 2164 de 1959, artículo 1º de la Resolución Nº 1064 de 1959 y artículo único de la Resolución Nº 1091 de 1959, expedidas por el Ministerio del Trabajo.

"La mencionada infracción legal dio lugar a que la sentencia recurrida violara también directamente, por aplicación indebida, el artículo 8º, numeral 5º, del citado Decreto-Ley 2351 de 1965.

La demostración del cargo

"El juzgador de la segunda instancia interpretó erróneamente el parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, en el sentido de que dicha norma legal le exige al patrono utilizar determinados modos de expresión para manifestarle al trabajador la causa o motivo que el patrono invoca para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, siendo

que la citada norma legal solamente exige que se manifieste 'la causal o motivo de esa determinación'.

"En efecto, después de transcribir el texto de la nota que con fecha 17 de febrero de 1975 le dirigió PIZANO S. A., al trabajador demandante, para comunicarle la terminación de su contrato de trabajo, expresa el juzgador ad quem en su sentencia recurrida que dicha nota no expresa al demandante la causal o motivo que tuvo la empresa para tomar la drástica determinación de dar por terminado su contrato de trabajo'. Y agregó:

"La Resolución que invoca, es una Resolución administrativa dictada por el Ministerio del Trabajo, en procedimiento seguido por la empresa ante dicha autoridad para solicitar la legalidad (sic) de un paro, pero en cuyo trámite no intervino para nada el trabajador despedido.

"El demandante no podía conocer cual era el contenido de la Resolución que se invoca y es muy clara la disposición cuando dice que el patrono en el momento del retiro debe decirle al trabajador la causal o motivo por el cual lo despiden.

"Ya la Sala Laboral de la H. Corte se ha pronunciado sobre el particular considerando injusto el despido, en el cual el patrono sólo invoca disposiciones legales para despedir al trabajador, sin expresarle en términos claros cuáles son los motivos o causas que originan el despido".

"Es errado el entendimiento que el sentenciador ad quem le dio al Parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, para aplicar dicha norma legal al caso de autos, porque lo que exige claramente la citada disposición es que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo le manifieste a la otra, en el momento de la extinción, la cual o el motivo que le sirve de fundamento para tomar dicha decisión, entendiendo por 'causal' la razón y motivo de alguna cosa, conforme al sentido natural de esa palabra; y por 'motivo', la causa o razón que mueve a ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa.

"Y esto fue, precisamente, lo que hizo PIZANO S. A., en la nota que sobre terminación del contrato de trabajo le dirigió al demandante JORGE TRILLOS PANTOJA, con fecha 17 de febrero de 1975, cuya fotocopia debidamente autenticada obra al folio 2 del primer cuaderno del expediente, prueba esta que fue apreciada correctamente por el Juzgador ad quem en su sentencia recurrida.

"Interpretando el parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, dijo en una oportunidad la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: 'No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada, pues de lo contrario no serían claros los motivos dados a conocer al trabajador para la terminación del contrato, y éste tendría dificultades para defenderse en caso de un juicio, porque no sabría a qué atenerse respecto a los verdaderos motivos del patrono para prescindir de sus servicios, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy sustituido por el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965'. (Sentencia de junio 8 de 1970, G. J., Tomo CXXXIV, pág. 584).

"Por las circunstancias anotadas, PIZANO S. A., invocó como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo en el caso de autos la Resolución número 03759 de diciembre 13 de 1974, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, porque ese acto administrativo fue la razón y motivo de la dicha terminación del contrato, en atención a que allí se declaró administrativamente la ilegalidad del cese colectivo de trabajo a que se refiere la aludida Resolución y se autorizó a PIZANO S. A., para despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en el expresado cese ilegal de actividades, declaraciones administrativas que se hicieron con estricta sujeción a lo que al efecto se dispone en los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

"El fallador de segunda instancia apreció correctamente la citada Resolución del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, lo mismo que la nota sobre terminación del contrato de trabajo, documentos que debidamente autenticados obran a los folios 10 a 16 y 2, respectivamente, del primer cuaderno del expediente.

"Esa apreciación correcta que hizo de los aludidos documentos auténticos, le sir-

vió de base al sentenciador de la segunda instancia para violar directamente, por interpretación errónea, el citado Parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, al aplicar dicha norma legal a los aludidos medios probatorios, con la incidencia que tal violación tuvo con relación a las demás normas legales que se citan como infringidas también en el presente cargo.

"Cierto es que el derecho que asistió a PIZANO S. A., para despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en el aludido cese ilegal de actividades emana de lo que al efecto se dispone en el numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero resulta que el ejercicio de ese derecho está condicionado por la ley a la declaratoria que al efecto debe hacer, en cada caso particular y concreto, el Ministerio del Trabajo, porque así se dispone expresamente en la referida norma legal y en el artículo 451 del mismo código citado.

"De las circunstancias que se dejan anotadas resulta que PIZANO S. A., no podía expresar como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo la ilegalidad de la suspensión colectiva de trabajo, sino la Resolución del Ministerio del Trabajo que declaró administrativamente dicha ilegalidad y el derecho que consecuencialmente asitía a PIZANO S. A., para despedir por tal motivo a los trabajadores que intervinieron o participaron en el expresado cese ilegal de actividades, o sea la Resolución número 03759 de diciembre 13 de 1974, emanada del citado Ministerio.

"Resulta, en consecuencia, que PIZANO S. A., dio cabal cumplimiento a la exigencia del parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, invocando como causa o motivo de la terminación del contrato de trabajo, en el caso de autos, la expresada Resolución del Ministerio del Trabajo, lo que no entendió así el fallador de segundo grado, en virtud de la interpretación errónea que hizo del parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, al aplicar dicha norma legal al caso de autos.

"Enterado el trabajador demandante de la causal o motivo que PIZANO S. A., le dio a conocer por escrito para dar por terminado su contrato de trabajo, le correspondía a aquél controvertir en juicio la aludida causal o motivo de terminación del contrato, si la consideraba ilegal.

"No lo hizo así el demandante, sino que apoyó su demanda en consideraciones de otra índole, ignorando que la intervención de los Inspectores del Trabajo, una vez declarada la ilegalidad de un paro colectivo de actividades por el Ministerio del Trabajo, se limita 'a evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro', como lo dice el Decreto reglamentario 2164 de 1959 y las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959, emanadas del Ministerio del Trabajo; y desconociendo también que el trabajador demandante, JORGE TRILLOS PANTOJA, no se hallaba comprendido en el aludido caso de excepción a que se refieren las mencionadas normas legales, como lo confiesa el mismo demandante en la demanda con que se inició el juicio.

"La interpretación errónea que hizo el juzgador ad quem del parágrafo único del artículo 7º del Decreto-Ley 2351 de 1965, dio lugar a que dicho fallador infringiera también, por aplicación indebida, el artículo 8º numeral 5º, del citado Decreto-Ley 2351 de 1965.

"En efecto, el artículo 8º, numeral 5º, del Decreto-Ley 2351 de 1965, le asignó facultad privativa al juzgador de la primera instancia para decidir entre el reintegro del demandante o la indemnización prevista en la mencionada norma legal, facultad que no le confirió esa disposición legal al juzgador de la segunda instancia, como lo reconoció la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia fechada el día 6 de junio de 1972 (Juicio ordinario laboral de Luis Alfredo Rodríguez Morón contra Generoso Mancini-Manteca la Americana Ltda. y otra).

"La citada norma legal es muy clara en su texto literal cuando expresa: '5. Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en

las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4º, literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el Juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esas apreciaciones 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'. (He subrayado).

"No obstante la claridad del mencionado texto legal, el juzgador de la segunda instancia aplicó indebidamente dicha norma legal al caso de autos, para revocar con base en ella la sentencia de primer grado y condenar al reintegro allí previsto".

Se considera

En el juicio propuesto por Héctor Ramiro Melo contra "Pizano S. A.", donde se discutió el mismo tema ahora planteado, dijo esta Sala en sentencia del 19 de abril de 1977 (expediente Nº 5823), con salvedad de voto del Magistrado doctor Gnecco, lo siguiente:

"El artículo 450 del Código Sustantivo determina los casos en que es ilegal la cesación colectiva de actividades por parte de los trabajadores y expresa que cuando esa ilegalidad es declarada, cosa que compete hacer al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social según el artículo 451, el patrono no puede despedir libremente a quienes hubieran intervenido o participado en el paro, aún a los amparados por el fuero sindical.

"Para atemperar un tanto la drasticidad de este precepto, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2164 de 1959 facultó al dicho Ministerio para intervenir en el problema con el fin de evitar el despido de quienes se hayan limitado a suspender el servicio, impelidos más por las circunstancias del paro que por su deseo de intervenir en él, siempre que al tener noticia de la declaración de su ilegalidad no hayan perseverado en el cese de labores.

"Así, dentro del espíritu de esta última norma, las autoridades administrativas del trabajo pueden excluir de la lista de candidatos al despido que les presente el patrono, a aquellas personas que, conforme a las indagaciones del caso, hayan tenido una actividad pasiva en el paro, sin persistir en él luego de habérsele calificado como ilegal.

"Pero, de todos modos, la ilicitud de una cesación de actividades declarada por el Ministerio del Trabajo es justa causa de despido, dentro del marco de las regulaciones que acaban de mencionarse, aún para quienes disfruten de fuero sindical. O sea, que si se indica como causal o motivo para prescindir de los servicios de un trabajador la providencia administrativa que tuvo como contrario a la ley el paro de labores en que él participó, de modo implícito pero absolutamente claro e inequívoco el patrono invoca para fenecer de modo unilateral el contrato la facultad que le confiere el artículo 450 del Código Sustantivo, y al comunicárselo de aquella manera al empleado en el momento de despedirlo, cumple dicho patrono a cabalidad con el deber que le impone el artículo 7º, parágrafo, del Decreto Legislativo 2351 de 1965. No es óbice para ello que la providencia ministerial no le haya sido notificada al trabajador objeto del despido, puesto que dicha resolución es de inmediato cumplimiento, según lo enseña el artículo 451 del Código, y contra ella sólo cabe acudir en demanda ante el Consejo de Estado, actuación que por sí sola no enerva legalmente los efectos de ese acto administrativo. Además, el despido no pudo ignorar la realización del paro ilegal, pues precisamente se le sancionó por haber participado en él y el conocimiento de la ley se presume en todos los gobernados.

"En el caso sub judice, los párrafos del fallo acusado transcrito en el cargo y que corresponden al texto de esa providencia, dejan ver que la interpretación que el sentenciador les dio a las normas que invoca el recurrente y cuyo sentido acaba de analizar la Sala, no se acomoda a sus verdaderos sentido y alcance, porque el deber que la ley le impone a quien fenece el contrato de trabajo de darle a conocer a la otra parte el móvil concreto que lo induce a hacerlo, no implica el uso de ritualidades o de fórmulas sacramentales, propias del derecho arcaico y no de la vida jurídica moderna, sino apenas la necesidad de que aquél que desiste del vínculo laboral obre

lealmente con su contraparte al hacerle clara y exactamente tal manifestación, para que ella pueda atenerse a ese punto de vista, sea acogiéndolo o bien impugnándolo por las vías que la ley establece con esta finalidad".

Al aplicar las reflexiones anteriores en el asunto sub judice, viene a quedar en claro que el Tribunal infringió los preceptos cuya interpretación errónea le atribuye el cargo, y esto es suficiente para que prospere, con las consecuencias que se determinarán más adelante.

No se configura, en cambio, la aplicación indebida del artículo 8º, numeral 5º, del Decreto Ley 2351 de 1965, a que alude también el recurrente, ya que la facultad de escoger entre el reintegro del trabajador y la indemnización por despido les incumbe tanto al sentenciador del primer grado como al de la segunda instancia, según lo ha dicho esta Sala en varias oportunidades, como en el fallo del 22 de julio de 1977 (juicio de Hernando Restrepo Posada v/s "Pablo Molina C. y Hnos. Ltda."), donde expreso lo siguiente:

"Cuando la ley en términos generales habla del Juez, se está refiriendo al competente, que en materia de juicios laborales ordinarios lo es el de primer grado por los factores que determinen su competencia en cada caso y el de segunda instancia por el factor funcional cuando procede la apelación o la consulta. La denominación de Juez, en consecuencia, no indica solamente al que de acuerdo con nuestra división judicial se llama Juez por ser el único, sino también al Tribunal Superior, que toma este nombre por tratarse de un Juez colegiado o plural.

"De modo que cuando un proceso está sometido a las dos instancias, el que conoce de la segunda, salvo excepciones expresamente consagradas como la de no poder incurrir en la reformatio in pejus, se encuentra frente a la demanda en la misma posición que se encontraría el de primer grado en el momento de fallar. En el Procedimiento Laboral una de las excepciones limitativas al poder decisorio del fallador de segunda instancia es la contenida en el artículo 50 del respectivo Código en relación con los fallos ultra y extra petita, excepción que no hace sino confirmar la regla general que acaba de exponerse.

"De todo lo anterior se concluye que cuando el inciso 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 dispone que para decidir entre el reintegro o la indemnización el Juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, se refiere tanto al Juez de primera como al de segunda instancia, pudiendo verse este último, además, ante circunstancias diferentes a las que tuvo en cuenta el fallador de primer grado por la posibilidad que existe de practicar pruebas en algunos casos en el trámite del recurso de apelación y de la consulta".

Al prosperar, como quedó visto, el primer cargo, no es necesario el examen del segundo, por cuanto persigue la misma finalidad que ya ha quedado satisfecha.

Para proveer en instancia, basta aplicar los razonamientos que se hicieron al principio para el examen de la carta de despido, que en copia autenticada por el Juez Tercero Laboral de Barranquilla obra a folio 2 del cuaderno primero, y concluir Así que el demandante fue despedido con justa causa por la empresa, y, de consiguiente, las súplicas derivadas del rompimiento injusto de su contrato de trabajo, como lo son las de reintegro, indemnización por despido ilegítimo y pensión de jubilación causada por el mismo motivo, carecen de base plausible.

Se impone, en consecuencia, revocar la decisión del primer grado para absolver, en su reemplazo, a 'Pizano S. A.', de todas las súplicas del libelo propuesto contra ella por don Jorge Trillos Pantoja.

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, revoca luego el de la primera instancia y, en su lugar, absuelve a 'Pizano S. A.', de todos los cargos que contiene el libelo dirigido contra ella por el señor Jorge Trillos Pantoja.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco, (Con salvamento de voto), *Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Me aparto de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, Sección Segunda, por las siguientes razones:

I. El Tribunal Superior, como puede leerse en la transcripción que de la parte motiva hizo el recurrente, sustentó la condena a Pizano S. A., en una consideración principal: que la carta dirigida al trabajador demandante para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo no le expresa la causal o motivo en la cual fundamenta esa drástica terminación. A esta conclusión llegó el sentenciador con base en el examen de la carta en la cual se da por terminado el contrato de trabajo, sin que hubiera realizado una interpretación errónea del Parágrafo único del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues como premisa mayor se limitó a exponer literalmente lo que la norma expresa: que dicho parágrafo "establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". Sólo que el fallador de segunda instancia al hacer operar la norma, encontró que esa manifestación no se había producido, porque no surgía de las pruebas del proceso, especialmente del documento en que se hizo la comunicación. Se trata de una cuestión de hecho, y la discrepancia entre el Tribunal Superior y el recurrente consiste en que mientras el segundo sostiene que sí se hizo la manifestación exigida por la ley, el primero, concluyó que no se había producido por cuanto no se le dijo al trabajador cuál era la causal o motivo para despedirlo. No están por lo tanto de acuerdo en los hechos el recurrente y el fallador y por eso de ninguna manera era viable la acusación por interpretación errónea de la ley sustancial, pues la pretendida violación de la misma sólo podría predicarse por la vía indirecta, a través de errores de hecho que llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, especialmente en su parágrafo único.

Pero es el mismo recurrente quien reconoce que no hubo interpretación errónea del parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 por parte del sentenciador, pues al fijar cual es según su criterio el verdadero entendimiento de la norma, repite lo que dijo el Tribunal, o sea que "lo que exige claramente la citada disposición es que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo lo manifiesta a la otra, en el momento de la extinción, la causal o el motivo que le sirva de fundamento para tomar dicha decisión, entendiendo por 'causal' la razón y motivo de alguna cosa, conforme al sentido natural de esa palabra, y por 'motivo', la causa o razón que mueve a ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa".

También se deduce de la propia demanda extraordinaria que hay discrepancia entre los hechos que encontró probados el sentenciador y aquellos en los cuales el primero fundamenta la interpretación errónea de la ley, pues mientras el primero dice textualmente: "La carta que acabamos de transcribir, no expresa al demandante la causal o motivo, que tuvo la empresa para tomar la drástica determinación de dar por terminado su contrato de trabajo", el segundo afirma que Pizano S. A., le manifestó al demandante la causal o el motivo que le sirvió de fundamento para despedirlo con justa causa "en la nota que sobre terminación del contrato de trabajo le dirigió al demandante Eparquio Rebolledo

Almendrales, con fecha 17 de febrero de 1975 cuya copia autenticada obra al folio 2 del primer cuaderno del expediente, falta de acuerdo en relación con cuestiones fácticas que no desaparece por la sola circunstancia de que a continuación agrega el recurrente que la prueba fue apreciada correctamente por el juzgador **ad quem** en la sentencia recurrida.

Con argumentos similares a los que acabo de exponer se refiere el opositor a la improcedencia de la acusación por intervención errónea, que considero acertados y pertinentes.

II. También el impugnador acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial a través de errores de hecho, consistentes, en haber dado por demostrado el Tribunal que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono fue injusta por no haberse invocado la causal o motivo y por no conocer el trabajador la Resolución del Ministerio del Trabajo en la cual se apoyó el despido. Aun cuando la Sala no estudió el segundo cargo por no prosperar el primero, considero que no incurrió en evidente error de hecho el fallador de segunda instancia, porque citar una Resolución del Ministerio de Trabajo, que en la propia sentencia se acepta que no es necesario que se notifique a los trabajadores no es invocar ninguna causal de las contempladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 ni la especifica el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Tampoco acredita la carta en que se comunicó el despido al trabajador, ni la copia de dicho Resolución, que el trabajador conocía el contenido de esta última, afirmación del Tribunal que al no ser desvirtuada deja incólume también uno de los principales soportes de su fallo.

Por cuanto considero que ninguno de los cargos tiene la virtualidad suficiente para quebrantar la sentencia recurrida, mi disentimiento con la decisión de la mayoría de la Sala se refiere tanto a la parte motiva como a la Resolutiva.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha **ut supra.**

José Eduardo Gnecco C.

INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO
CONTRATO DE OBRAS

CONTRATISTA INDEPENDIENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5962).

(Acta Nº 30).

Alfredo Alarcón Parra, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 262.956 expedida en Girardot, demandó por medio de apoderado, a **Ramón Garrido Fernández y a** Gamboa & Cía. y González Limitada, para que se les condenara a pagarle auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, salarios insolutos, indemnización por terminación unilateral, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los hechos narrados en la demanda dicen:

"1º ALFREDO ALARCON PARRA prestó sus servicios personales a RAMON GARRIDO FERNANDEZ y a GAMBOA & CIA. Y GONZALEZ LTDA.

"2º Comenzó a trabajar el 6 de enero de 1971.

"3º La relación laboral duró hasta el 3 de abril de 1972.

"4º El salario promedio fue de $ 12.500.00

"5º Los demandados dieron por terminada la relación laboral en forma unilateral.

"6º Los demandados adeudan al demandante $ 12.000.00 pesos por concepto de salarios.

"7º A mi mandante no se le ha pagado las prestaciones sociales".

El representante de la sociedad demandada manifestó:

"Por cuanto no conozco al demandante Alfredo Alarcón Parra ni menos la Compañía que represento ha tenido relación laboral alguna con dicho señor, niego el derecho, causa y razón de las pretendidas prestaciones sociales, así como los hechos en que se fundamenta la demanda, los cuales en cuando a la firma de la que soy Gerente, carecen en absoluto de veracidad.

"En consecuencia, de una vez solicito se nieguen las peticiones de la demanda y se condene en costas al demandante".

El apoderado de Ramón Garrido Fernández se opuso a todas las pretensiones del actor, propuso excepciones de pago, inexistencia de la obligación, inepta demanda y todas las que llegasen a resultar en el proceso, y contestó los hechos así:

"1º No es cierto como se encuentra redactado. ALFREDO ALARCON PARRA fue contratista de mi representado, como lo demostraré oportunamente con documentales probatorios.

"2º No es cierto. Que se pruebe.

"3º No es cierto. Esto es completamente falso como también entraré a demostrarlo en su oportunidad procesal.

"4º No es cierto. Que se pruebe.

"5º Tampoco es cierto. Lo que se acaba de afirmar es completamente falso.

"6º No es cierto. Que se pruebe.

"7º Mi representado no debe absolutamente nada al demandante ALARCON PARRA, y mucho menos por concepto de prestaciones sociales, como lo demostraré también en su oportunidad procesal".

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 17 de agosto de 1976, absolvió a los demandados de todos

los cargos formulados en el libelo y condenó en costas al demandante. El apoderado de Alfredo Alarcón apeló de la sentencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 2 de diciembre de 1976, confirmó en todas sus partes la providencia apelada y condenó en costas al actor. El apoderado del demandante interpuso contra el fallo del ad quem, recurso de casación que concedió el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Está presentado en un solo cargo, con fundamento en la primera causal de casación laboral, que se estudiará junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Pide el censor:

"Que la corte (sic) case parcialmente la providencia de segundo grado en cuanto confirma la absolución de las peticiones: auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria; en sede de instancia, revoque parcialmente la decisión del juez a quo en cuanto absuelve de las mismas pretensiones y condene al pago de auxilio de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas".

El cargo

Dice el acusador:

"La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 249, 306, 186 y 85 del Código Sustantivo del Trabajo; 3º y 14 del Decreto 2351 de 1965; 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061 y 2062 del Código Civil al ser apreciados equivocadamente los documentos en folios 12, 13, 41 a 57, 66 a 68; las declaraciones en folios 81 a 84, 92 a 94, 89 y 90 y al dejar de apreciar la confesión judicial en folios 62 a 65 y 72 a 75 y los documentos en folios 15 a 39".

Sobre los errores de hecho se puntualiza:

"El error manifiesto al apreciar el documento en folios 66 a 68 consiste en hacerle decir a la prueba lo contrario de su contenido para señalar que del aludido contrato se colige que el beneficiario directo de la obra es el Distrito Especial de Bogotá, siéndolo la Sociedad Gamboa & Compañía y González Limitada".

"El error manifiesto al apreciar equivocadamente las pruebas en folios 12, 13, 41 a 57, 81 a 84, 92 a 94, 89 y 90 consiste en apreciarlas parcialmente para afirmar que entre el doctor Ramón Garrido y Alfredo Alarcón no existió relación de trabajo".

En la demostración del cargo se indican las conclusiones de la sentencia acusada sobre las pruebas apreciadas, para deducir los errores de hecho propuestos, y se asevera que la correcta apreciación de las probanzas habría llevado a tener por demostrados dos hechos: que el doctor Ramón Garrido en su condición de contratista independiente, construyó la obra de acueducto de la urbanización San Francisco para la Sociedad Gamboa & Compañía y González Limitada; y que entre el doctor Garrido y el demandante Alarcón, existió contrato de trabajo.

En relación con el primer hecho, el impugnador cita el contrato que aparece a los folios 66 a 68 y la absolución de las dos primeras preguntas del interrogatorio hecho al demandado, para deducir que el doctor Ramón Garrido construyó la obra de acueducto para la Sociedad Gamboa & Compañía y González Limitada, en su condición de contratista independiente, y que la mencionada sociedad tiene el carácter de propietaria y beneficiaria de la obra construida por el doctor Garrido, en actividades normales de la empresa.

El segundo hecho, la existencia del contrato de trabajo, lo encuentra el acusador a través de los elementos, así; la actividad personal con la absolución de la cuarta pregunta del interrogatorio formulado al doctor Garrido, la declaración de Rafael Zipa y los recibos de los folios 15 a 39 y 41 a 57, de los cuales deduce que Alfredo Alarcón trabajó para el doctor Garrido desde el 25 de enero de 1971 hasta el 3 de abril de 1972, sin que la ayuda de otros trabajadores con el consentimiento del doctor Garrido, desvirtúe la actividad personal; la continuada subordinación la deduce de la respuesta a la segunda pregunta del inte-

rrogatorio formulado al folio 73, y de la declaración de Alberto Laguna; y el salario lo hace derivar de la respuesta a la octava pregunta del interrogatorio al doctor Garrido.

El opositor advierte que conforme a la cláusula séptima del contrato entre Gamboa & Compañía y González Limitada y el doctor Ramón Garrido Fernández, una compañía de seguros garantizaba el cumplimiento del contrato no sólo en favor de la sociedad, sino también de la entidad distrital respectiva, por lo que no puede afirmarse que la obra se hacía en beneficio de la compañía demandada; y el opositor afirma que los contratos de los folios 12 y 13 del primer cuaderno; no establecen salario ni continuada subordinación ni dependencia ni horario, y el contratista se comprometió a suministrar mano de obra especializada por su cuenta, lo que hace que no hubiera existido contrato de trabajo.

Se considera

Según el contrato de que dan cuenta los folios 56 a 68, la Sociedad Gamboa & Cía y González Limitada en su propio nombre y como representante de varios propietarios del terreno denominado San Francisco, contrató con el doctor Ramón Garrido la ejecución de obra del acueducto de la Urbanización San Francisco, de acuerdo con un proyecto revisado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y se dijo que la póliza de la Compañía de Seguros que debía obtener el contratista, garantizaba el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato a favor de la sociedad y de la entidad distrital respectiva.

El sentenciador dijo:

"En estas condiciones se establece que el doctor Garrido Fernández fue un contratista independiente, sin las calidades de representante ni de intermediario de personas naturales o jurídicas con quién contrató la ejecución de una o varias obras y tal como se contempla en el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 y según se colige de los términos convenidos en el ya citado contrato, el beneficiario directo de la obra es el Distrito Especial de Bogotá. En esta forma, como lo dispone la norma del decreto anteriormente citado, la sociedad demandada debe responder, de acuerdo con el número 2 del decreto, de las obligaciones y condiciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores que hubieren estado vinculados laboralmente en las obras mencionadas. En esta forma, se deberá confirmar las conclusiones del a quo, en cuanto a absolución a la sociedad demandada de los cargos formulados, por el actor".

La obra del acueducto cuya ejecución contrató la sociedad demandada, indudablemente beneficiaba al Distrito Especial de Bogotá, ciudad de la cual hace parte la urbanización a que pertenece el acueducto, luego se comprende que al recibir la obra contratada, la sociedad debía entregarla al Distrito para que éste aprobara la urbanización a que pertenecía el acueducto. En este sentido, que se desprende del contrato, se puede hablar del Distrito como beneficiario de la obra, y lo expresado por el sentenciador no es evidentemente erróneo. Por otra parte, el ad quem no descarta la responsabilidad de la sociedad, aunque dice que debe confirmarse la absolución de primera instancia, pero ello resultaría equivocado si se lograra establecer el segundo error de hecho, ya que dentro de la conclusión del contrato de obra a que llegaron los juzgadores, no podría caber condena contra la sociedad aunque ella tuviera responsabilidad como beneficiaria de la obra.

Los contratos que aparecen a los folios 12 y 13 del primer cuaderno tratan de la ejecución de obras y no se refieren a servicio personal alguno, ya que en ellos Alfredo Alarcón promete aportes, mano de obra especializada y de herramientas y personal, lo cual es propio del contrato de obra, pero no se habla del servicio personal que requieren los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los recibos que aparecen de folios 15 a 39 y 41 a 57 se refieren a las obras de que tratan los contratos de folios 12 y 13, por lo cual representan el pago del precio de las obras y no pueden constituir salario de servicios no prometidos.

El contrato de que dan cuenta los folios 66 a 68 no fue celebrado con el demandante, por lo que no puede ser prueba del contrato de trabajo por él alegado.

Las respuestas al interrogatorio formulado al señor Alberto González Carrillo, que figuran a los folios 63 y 64 del primer cuaderno, se refieren al contrato celebrado entre la sociedad Gamboa & Cía. y González Limitada y el doctor Ramón Garrido Fernández, sin que figure en forma alguna el trabajo del demandante ni la relación que invoca en el juicio, por lo que no puede encontrarse en tal pieza la prueba de la existencia de la vinculación laboral alegada.

La diligencia de interrogatorio al doctor Ramón Garrido Fernández, que aparece en los folios 72 a 75 del primer cuaderno, no sirve para demostrar el contrato de trabajo alegado por el demandante, ya que en las respuestas no se confiesa ninguno de los elementos del vínculo laboral. El recurrente pretende encontrar en las respuestas segunda, cuarta y octava la confesión de esos elementos, pero su apreciación no resulta exacta, como pasa a verificarse.

En la respuesta segunda se dice que la obra del alcantarillado estaba supervigilada por el ingeniero contratista, por la Superintendencia Bancaria y por una interventoría de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y que fue construida por Ramón Garrido Fernández. De tal respuesta no puede deducirse la subordinación del demandante a las personas demandadas, porque no debe confundirse la supervigilancia que sobre la obra tienen quien la encarga y los que tengan interés en ella, con la dirección de los servicios que corresponde al patrono en la empresa.

En la respuesta cuarta se habla de que los servicios técnicos del maestro Alarcón Parra fueron contratados desde el 25 de enero de 1971, pero en la misma respuesta se dice que ello ocurrió conforme al contrato que se anexa al expediente, y se aclara que no hubo horario ni salario ni contrato laboral, y en la respuesta quinta se expresa que el maestro Alarcón Parra nunca prestó servicios personales para la construcción de la obra. El contrato mencionado es el del folio 13, que como se vio es de obra y no de trabajo, y las respuestas conducen naturalmente al entendimiento de que no se contrató el servicio personal del demandante.

La respuesta octava se refiere a la forma de los avances y a su periodicidad, lo cual indica el pago del precio de las obras, pero no es salario porque no constituye retribución de servicios.

La apreciación de las pruebas mencionadas no lleva a las conclusiones del recurrente ni demuestra como evidentes los errores propuestos en el cargo, porque es compatible con las conclusiones del sentenciador. En cuanto a la prueba testimonial que se presenta como mal apreciada, ha de recordarse que según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, el error de hecho en cuanto a la apreciación de tal medio probatorio, no es motivo de casación laboral, y no habiéndose demostrado el error de hecho en cuanto a las demás pruebas, no cabe en casación el estudio de las declaraciones de testigos.

Por las razones indicadas, no quedaron establecidos legalmente los errores propuestos en el cargo y por ello no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de dos de diciembre de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Alfredo Alarcón Parra contra Ramón Garrido Fernández y la sociedad Gamboa & Cía y González Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. (Secretario).

PENSION DE JUBILACION RECONOCIDA POR EL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES

(Art. 11 y 57 del Decreto 3041 de 1966).

Terminación del contrato con justa causa. (Art. 7º Aparte A), numeral 14 del Decreto Legislativo 2351 de 1965

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 6068).

(Acta Nº 35).

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 14 de septiembre de 1976, confirmó el absolutorio proferido en la primera instancia en el juicio laboral que propuso el señor Pedro Santamaría Barreto contra "American Pipe and Construction International".

Inconforme con esta providencia, el demandante interpuso casación para impetrar que sea infirmada, se revoque luego la del Juez y, finalmente, se acceda a las peticiones principales o subsidiarias de la demanda inicial.

Consta así en su demanda de casación (fls. 5 a 16 de este cuaderno), donde se formulan tres cargos contra aquel fallo, que tuvieron réplica (fls. 31 a 46 ibídem).

Procede analizar ahora el mérito de la acusación:

Cargo primero

Su tenor es así: "Violación de la ley Sustancial por aplicación indebida.

"La Ley sustancial es el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, numeral 14. La aplicación indebida consiste en que se ha hecho aplicación de la regla jurídica a un hecho probado, pero no regulado por ella.

"En efecto, el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 establece que 'es justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato de trabajo' el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa .

"Ha sido reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema que la pensión que tiene el alcance de justa causa para terminar el contrato es la PENSION PLENA; y es pensión plena aquella a que tiene derecho el trabajador por haber cumplido juntos, ambos requisitos: edad y tiempo de servicio, 55 años y veinte o más años de servicio.

"Si bien Pedro Santamaría Barreto tenía la edad suficiente para entrar a disfrutar de la pensión de jubilación no había cumplido el requisito de los veinte años de servicio a su patrono y en consecuencia éste no podía despedirlo con base en el otorgamiento de una pensión que no tenía el carácter de PLENA, precisamente porque el titular de ella carecía de uno de los dos requisitos establecidos por la ley.

"Si ello fuera posible, si el patrono tuviera libertad para pensionar o jubilar a cualquier trabajador del que quisiera prescindir, le bastaría reconocerle una pensión proporcional a su tiempo de servicio, aún uno o dos años, acabando así con la garantía de estabilidad en el trabajo. Podría por ejemplo obtener el permiso previo para despedir a un trabajador con fuero sindical, alegando que le va a reconocer una pensión a pesar de que el trabajador sea

menor de cincuenta y cinco años o lleve menos de veinte años al servicio de la empresa.

"Cuando el numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 establece que la pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 11 del Decreto 3041 de 1966 está reafirmando la tesis expuesta en el sentido de que esa pensión es la pensión plena. Aquella que se obtiene por haber completado la edad y por haber completado el tiempo de servicios (artículo 260) o por haber completado la edad (60 años) y haber completado el número de semanas de cotización 500 (artículo 11).

"Cualquier pensión que un patrono otorgue fuera de la establecida en el artículo 260 o en el artículo 11 no tiene el carácter de plena y en consecuencia no puede tenerse como justa causa de terminación del contrato. La pensión que el Seguro —sustituto— del patrono, otorgó al trabajador Pedro Santamaría, le fue dada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57 y no en el 11 del Decreto 3041.

"Entonces el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá**, y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral incurren en violación de la Ley sustancial, por aplicación indebida, porque a pesar de que han entendido rectamente la norma del numeral 14, artículo 7º y sin que medien errores de hecho o de derecho, han aplicado esa regla jurídica a un hecho probado el despido, pero no regulado por ella, puesto que esa norma sólo regula los despidos por justa causa que tienen como base el reconocimiento de la pensión plena.

"b) Violación de la ley sustancial por aplicación indebida, de la misma disposición legal (numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965) en cuanto que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en el fallo impugnado ha dado por probado un hecho básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido, y sobre esta base ha aplicado la respectiva disposición legal de una manera, desde luego indebida, a un hecho inexistente.

"El hecho inexistente, el hecho que no ocurrió, el hecho que se dio por probado, sin estarlo, es que el patrono hubiera reconocido la pensión plena a su trabajador.

"La pensión plena, insisto, es aquella que se otorga cuando su titular reúne dos requisitos: edad, cincuenta y cinco años. Tiempo de servicios: más de veinte años. O en los términos del Decreto 3041 de 1966 dos requisitos: edad: 60 años y semanas de cotización 500.

"Como quien pensionó a Pedro Santamaría fue el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sustituto del patrono, es necesario estudiar si el ICSS otorgó la pensión plena al trabajador, pensión que tendría el alcance de justa causa para cancelar el contrato.

"Para que la pensión que otorga el Seguro tenga el carácter de plena o tenga el alcance de justa causa para terminar el contrato, es necesario que su titular reúna dos requisitos: edad, sesenta años, semanas de cotización 500.

"Este número de semanas NO FUE COTIZADO por el trabajador a quien se aplicó otra disposición distinta del artículo 11, gracias a un régimen de privilegio, según el cual habida cuenta de la fecha de su nacimiento el Seguro le rebajaba 50 semanas de cotización por cada año de diferencia entre 1917 y la fecha de su nacimiento.

"Luego el Tribunal Superior al dar por hecho que el patrono o el Seguro, su sustituto, había otorgado una pensión plena al trabajador, y sobre esa base aplicó una norma legal como la citada, la aplicó indebidamente porque partió de un supuesto equivocado, de una premisa falsa, de un hecho que no existía y en consecuencia como es apenas obvio inferir, incurrió en la indebida aplicación de la norma, establecida para regular casos distintos al presente, casos en los cuales sí se otorga la pensión plena, caso en los cuales el patrono sí efectivamente tiene una justa causa para despedir.

"El régimen de privilegio del artículo 57 del Decreto 3041 de 1966 se instituyó para FAVORECER a los trabajadores ancianos, en el momento de crearse la pensión, no para PERJUDICARLOS. Para darles una mayor garantía de seguridad social, no para acabar con su estabilidad en el empleo.

"En efecto, el Instituto estimó que debía rebajar el número de las semanas de coti-

zación porque en vista de la edad, nacidos antes de 1917, es decir que para la fecha del Decreto 3041 tenían cincuenta años de edad, estaban próximos a cumplir con uno de los requisitos del Código, el de la edad y no parecía justo obligarlos a continuar trabajando hasta completar los sesenta años, nuevo requisito del Seguro.

En el mismo entendimiento el Legislador al fijar el alcance del numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 establece que sólo tienen el carácter de plena las pensiones de que tratan los artículos 260 del Código y 11 del Decreto 3041. Porque entendió que el régimen de Privilegio no podía perjudicar a los trabajadores ancianos dejó por fuera a quienes pudieran acogerse a los beneficios del artículo 57.

En consecuencia quienes se pensionen en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 no lo hacen como titulares de una pensión plena de aquéllas que son justa causa para terminar el contrato".

Se considera

Conviene analizar en primer término cuál es la pensión por jubilación que reconoce el Instituto Colombiano de Seguros Sociales a sus afiliados.

Al respecto, el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966, contiene las siguientes normas:

"ARTICULO 11. Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

"a) Tener 60 años o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer.

"b) Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo".

"ARTICULO 57. 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 aseguradas 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".

Las disposiciones que se acaban de transcribir dejan ver que el Instituto sólo concede y paga pensión por jubilación a quienes le hayan aportado quinientas cotizaciones semanales y tengan sesenta años de edad, los varones, o cincuenta y cinco años de edad, las mujeres, y que, apenas por vía excepcional, les reconoce la pensión a las personas que tengan la edad necesaria para disfrutarla y hayan nacido antes de 1917, los asegurados, o de 1922, las aseguradas, siempre que sus cotizaciones alcancen a doscientas cincuenta semanas, pues para ellos el mínimo general de quinientas cotizaciones se reduce en cincuenta por cada año de diferencia entre el de su nacimiento y el de los años límites, ya mencionados. Se trata pues en esta segunda hipótesis de una forma acelerada de percibir la pensión, que beneficia a los asegurados en consideración a su edad.

Se sabe, de otra parte, que el Instituto no concede oficiosamente la pensión sino que debe solicitarle su reconocimiento quien se crea con derecho a disfrutarla. Pero si el reconocimiento se produce por cualquiera de los dos sistemas que el Reglamento tiene establecidos, no cabe duda ninguna de que su beneficiario adquiere la calidad de pensionado por jubilación de la entidad aludida.

Si, como quedó visto, la pensión de jubilación que el ICSS les reconoce a sus afiliados en una sola, aunque haya dos formas para merecerla, y si el asegurado ha de solicitar que se le conceda, sin que el patrono tenga iniciativa o personería para ello, también resulta en claro que el reconocimiento de esta prestación social por el Instituto configura la causal legítima para que el empleador pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que consagra el artículo 7º, aparte A, numeral 14 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, con la adición que le introdujo el artículo 3º, ordinal 6º, de la Ley 48 de 1968.

O sea, que si el patrono invoca dicha causal para prescindir de un trabajador, en la hipótesis que se dejó examinada, y da el aviso previo que el aludido artículo 7º establece, no rompe el contrato de manera ilegítima ni, por ende, queda sujeto a las consecuencias que la ley prevé para el despido sin causa justa.

Al aplicar los razonamientos anteriores en el asunto sub judice, fluye con toda evidencia que el fallo acusado no incurrió en los quebrantos de ley que el cargo le imputa y que, de consiguiente, éste no puede prosperar, ya que el despido del señor Santamaría no es calificable como injusto, pues deriva de su situación de pensionado por jubilación, admitida tanto por el Tribunal como por el recurrente.

Segundo cargo

Se plantea así: "a) Violación de la ley sustancial por infracción directa.

"La ley sustancial es el numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, en armonía con el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. La infracción directa consiste en que la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, a pesar de que el texto de la norma es absolutamente claro, contiene disposiciones en abierta pugna con ella porque la sentencia impugnada NO LA APLICO, DEBIENDO HACERLO. En efecto, dice la norma del numeral 6º artículo 3º Ley 48 de 1968:

"La pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966".

"En ningún momento se refiere a la pensión establecida en el artículo 57 del Decreto 3041 de 1966.

"Luego la pensión que se otorgue con base en ese artículo, el 57, nada tiene que ver con el numeral 14 del artículo 7º del 2351.

"El texto de la norma violada por infracción directa es claro. Si el legislador hubiese querido ampliar los alcances de su disposición, le habría bastado agregar '11 y 57' pero como no escribió 57 no hay lugar a que se entienda o se infiera o se aproxime que la pensión del artículo 57 es igual o parecida o semejante a la del artículo 11.

"Así lo hace el sentenciador de primer grado cuando después de copiar íntegro el texto de esta disposición del numeral 6º es decir, a sabiendas de que tal disposición existe, de que se ha escrito y puesto en vigencia para aclarar toda duda sobre la materia, para impedir que se cometan injusticias en nombre de pretendidas justas causas para despedir, lo desconoce, se niega a aplicarlo. Si lo hubiese aplicado rectamente, si se hubiese sujetado a sus términos, si no se hubiese rebelado contra ella, me habría dado la razón y habría condenado a la demandada conforme se le solicitó.

"El Juez del conocimiento en su sentencia para poder 'darle cabida' al artículo 57 del Decreto 3041, que no cabe dentro del numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, estima que los dos artículos el 11 y el 57 del Decreto 3041 son iguales, similares e idénticos, que son de la misma cosa 'porque la reducción opera específicamente en relación con el número de semanas de cotización mas no con la cuantía de la pensión, pues las normas del Seguro Social no establecen sistema diferente para liquidar la pensión por vejez de los asegurados nacidos antes de 1917 y la de aquéllos que la adquieran por haber cotizado las 500 semanas exigidas".

"Y sobre la base de que la cuantía es la misma, concluye el Juzgador:

"Entonces si a Santamaría Barreto, el Seguro Social le reconoció pensión por vejez por la misma cuantía y en la misma forma que se la hubiera reconocido si hubiera completado las 500 semanas de cotización, la pensión otorgada fue la misma que consagra el artículo 11 del Decreto 3041 y por tanto su despido obedeció a la existencia de una justa causa pues el hecho de que no hubiera cotizado quinientas semanas en nada perjudicó al trabajador en cuanto al monto de su mesada pensional. Por el contrario, con menos semanas de cotización disfruta de una pensión de jubilación... pues por haber nacido antes de 1917 gozó del régimen de privilegio establecido en el artículo 57 del Decreto 3041 de 1966.

"El error en el planteamiento del sentenciador cuando sostiene que lo mismo le daba esperar a cotizar las quinientas semanas puesto que la cuantía no se modificaría, lo hace incurrir en un olvido imperdonable: El perjuicio que el Trabajador recibió por la decisión de la empresa de despedirlo. Vio rebajados sus ingresos, vio definitivamente perdidas sus primas, sus vacaciones remuneradas, su posibilidad de incrementar la cesantía, perdió su estabilidad en el empleo, perdió su trabajo en condiciones de subsistencia muy difíciles, dada su edad, y cuando esperaba beneficiarse de un régimen de privilegio establecido por el ICSS a su favor en su calidad de asegurado porque el que se asegura es el trabajador y no solamente el patrono, se encontró con que el privilegio era para el patrono, que encuentra la manera de prescindir de sus servicios, después de haberlo utilizado por dieciocho años, que encuentra la manera de esquivar su obligación de pagarle la pensión de jubilación a que el trabajador ya tenía derecho por reunir más de quince años de servicio y tener más de sesenta años de edad, derecho que se generaba si Santamaría presentaba su renuncia, y en virtud de la Ley 171 de 1961.

"Pero Santamaría no podía renunciar porque el monto de la pensión (casi el 75% de su sueldo) no le era suficiente para mantenerse a sí mismo y a su familia y porque además perdía las primas, la cesantía futura, etc., y sabía que no podría tener acceso a otro empleo por razón de su edad.

"El Tribunal Superior le niega todo derecho a Santamaría al respaldar la tesis del patrono de que el reconocimiento de una pensión que no es plena por parte del Seguro, dentro de un régimen de privilegio, pensión que no está consagrada en el artículo 260 del Código, (como no lo están tampoco las pensiones proporcionales) ni en el artículo 11 del Decreto 3041, alcanza por extensión, por analogía, por 'parecido o semejanza' es justa causa para despedir".

Se considera

Las reflexiones que se hicieron al estudiar el cargo anterior disipan la duda en cuanto a que el Instituto de Seguros Sociales reconoce dos pensiones de jubilación de clase distinta, pues en claro quedó que se trata de una sola especie pensional que puede llegar a adquirirse, bien por la forma ordinaria que establece el artículo 11 del Reglamento, o bien por la forma excepcional consagrada por su artículo 57.

De allí se desprende que el sentenciador ad quem no llegó a desconocer por falta de aplicación el artículo 3º, numeral 6º, de la Ley 48 de 1968, ya que la pensión de jubilación a que este precepto alude no es otra, ni puede ser otra, que la que tiene a su cargo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales en virtud del Reglamento del Seguro Social obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, ya mencionado anteriormente.

Y si a ello se añade que es la iniciativa del trabajador la que determina el reconocimiento de la pensión de jubilación en su favor, y que es tal reconocimiento el que configura el motivo legítimo para que el patrono pueda prescindir de sus servicios, no es razonable entender que la solicitud de la pensión, que es acto libre y exclusivo del empleado, pueda ocasionarle perjuicios a él cuando le sea despachada favorablemente, ni, menos aún, que hubiera de resarcírselos el patrono, que es persona extraña frente a aquella petición formulada por el trabajador al Instituto.

Carece pues de fundamento este segundo cargo.

Cargo tercero

Dice lo siguiente: "a) Violación de la ley Sustancial por aplicación indebida.

"La ley sustancial es el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que subrogó el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo y que establece a favor del trabajador despedido sin justa causa una pensión especial cuando el despido se produjere después de quince años de servicio. La aplicación indebida consiste en que pedida la pensión en la demanda con la cual se inició el proceso ordinario laboral el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, no la concede porque da por probado un hecho —el despido justo— hecho que manifiestamente no ha ocurrido;

"El despido no fue justo o no fue hecho con base en una justa causa por que la pensión que otorgó el Seguro Social al demandante no es plena, en cuanto ella no está consagrada en ninguno de los dos artículos (260 ni en el 11) de que habla el artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

"La aplicación indebida del numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 hace incurrir al Tribunal en la aplicación indebida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 puesto que el hecho alegado como básico por la empresa (el despido con justa causa, determinada por el reconocimiento de una pensión) no ha ocurrido en la realidad, toda vez que de acuerdo con la ley esa pensión no tiene el carácter de pensión plena.

"b) Violación de la ley sustancial por aplicación indebida.

"La ley sustancial es el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. La aplicación indebida consiste en que pedida la indemnización por despido injusto que consagra esa norma legal el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, no la concede porque da por probado un hecho; el despido justo, hecho que manifiestamente no ha ocurrido.

"La pensión plena, decía en mi escrito de demanda, en el régimen del Seguro Social, es aquella que reúne en su titular dos requisitos: edad, sesenta años. (Semanas de cotización, quinientas en los últimos diez años o mil en cualquier tiempo). La pensión que se obtenga y se pague sin reunir cualquiera de los dos requisitos, cualquiera que sea el régimen, no es plena y en consecuencia carece de la calidad de justa causa para terminar el contrato".

"En el mismo sentido en la audiencia de trámite celebrada en el Tribunal, y en el resumen del alegato hecho durante la misma, se insistió en el planteamiento de que la pensión otorgada por el Seguro Social no tenía el carácter de Plena en los términos de la ley y que en consecuencia, por esa razón, podía tomarse como justa causa para la terminación del contrato sin incurrir en las sanciones legales por despido injusto.

"No es pues un alegato que se haya ocurrido para sustentar este recurso. Es que el Tribunal Superior, al fallar la instancia, en su sentencia y a pesar de tratarse de un planteamiento estrictamente jurídico, porque nunca negamos la pensión del Seguro, eludió la respuesta así también la pensión del artículo 57 tiene los alcances de la del artículo 11 del Decreto 3041 de 1966, a pesar de que la ley (artículo 3º Ley 48 de 1968) no lo establece así.

"El artículo 3º de la Ley 48 de 1968, numeral 6º es taxativo, no admite ampliaciones, ni extensiones ni analogías".

Se considera

Bastan las argumentaciones hechas al estudiar los dos cargos anteriores para que, con base en ellas, ahora se reitere que el despido del señor Santamaría Barreto no puede calificarse como injusto, de lo cual se desprende también que el fallo acusado no pudo incurrir en las violaciones preceptivas que en este cargo se le atribuyen.

Tampoco 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 C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Responsabilidad de la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta y Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta

Error de hecho

Buena o mala fe patronal. Interpretación errónea

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 32).

Mediante escrito que correspondió al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, Cosme Obregón Fernández, demandó, por conducto de apoderado, al Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta, al Municipio de Cúcuta y a la Caja de Previsión Social municipal de Cúcuta, para que, en cumplimiento de los trámites previstos para el juicio ordinario laboral de mayor cuantía, se les condenase solidariamente a pagarle las sumas que resulten establecidas por concepto de indemnización por despido injusto, auxilio de cesantía, indemnización moratoria y costas del proceso.

En apoyo de sus pretensiones afirmó que, por medio de Resolución número 029 de 26 de mayo de 1972, había sido nombrado profesor del Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta, cargo que desempeñó desde el 1º de junio de ese año hasta el 15 de febrero de 1973, fecha en la cual se le despidió injustamente, al ser declarado insubsistente en el cargo mediante Resolución número 011 del día 13 de ese mismo mes y año. El día 16 de octubre de 1972 había suscrito con el Presidente de la Junta Administradora del Colegio, a quien se autorizó debidamente para contratarlo según Acta número 024 de 5 de octubre del referido año, y con el señor Personero Municipal de Cúcuta, un contrato individual de trabajo, cuyo término de duración era de un año contado a partir de la fecha de su firma y que, por tanto, debía vencer el 15 de octubre de 1973. Durante el lapso servido en 1972 devengó un salario mensual de $ 2.600.00, sueldo que le fue aumentado, a partir del 1º de enero de 1973, a $ 3.120.00. El Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta fue creado por Acuerdo número 35 de 1961 y por Acuerdo número 38 de ese mismo año se autorizó su funcionamiento, habiendo sido aprobado oficialmente por Resolución número 2031 de 8 de agosto de 1967 del Ministerio de Educación Nacional. La Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de todos los empleados Municipales. No le han sido cancelados el auxilio de cesantía ni las indemnizaciones que demanda, a pesar de que oportunamente agotó la vía gubernativa frente a cada una de las entidades llamadas al juicio.

Ninguno de los demandados dio respuesta a la demanda, pero el Rector del colegio al ser notificado manifestó no ser el representante legal de la institución, sino un simple empleado de carácter administrativo, y no tener atribuciones para nombrar o destituir personal alguno, todo lo cual competía a la Junta Administradora,

Tramitada la litis, el Juzgado del conocimiento la dirimió, en fallo proferido el 10 de octubre de 1975, condenando a los tres demandados a pagar al actor las sumas de $ 24.960.00 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; $ 2.055.00 por auxilio de cesantía y $ 104.00 diarios, a partir del 10 de septiembre de 1973 y hasta cuando se efectúe el pago de las cantidades anteriores, a título de indemnización moratoria. No hizo condenación en costas.

Como esa providencia no fuese apelada por ninguna de las partes, el Juzgado dispuso su consulta con el superior y en tal virtud subieron los autos al Tribunal del respectivo Distrito Judicial. El grado fue desatado en proveído de 30 de abril de 1976, mediante el cual se modificó el del a quo en el sentido de mantener la condena de $ 24.960.00 por concepto de lucro cesante, pero a cargo del Municipio de Cúcuta únicamente; de revocar las condenaciones impuestas por indemnización moratoria y auxilio de cesantía, absolviendo por el primer extremo y declarándose inhibido para hacer pronunciamiento de fondo en relación con el segundo. Se mantuvo la absolución sobre costas y no se hizo condena por ese concepto en la segunda instancia.

Contra la sentencia anterior ha interpuesto recurso de casación el apoderado del demandante. Como dicho recurso le fue concedido y ha recibido el trámite que le es propio, se procede a resolverlo con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

El recurso

Pretende la casación parcial del fallo acusado, "en cuanto modificó el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar solamente al Municipio de Cúcuta a pagarle al demandante la suma de $ 24.960.00 por concepto de lucro cesante, revocó las condenas impuestas en los literales b) y c) del ordinal primero del fallo apelado y se declaró inhibido para pronunciarse en el fondo sobre el auxilio de cesantía reclamado, para que esa Corporación convertida en Tribunal de instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Laboral de Cúcuta, el día diez (10) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975)".

El ataque se desarrolla a través de la formulación de cuatro cargos, el primero de los cuales se apoya en la causal segunda de casación laboral y los tres restantes en la causal primera. La Sala los estudiará en el mismo orden en que han sido presentados.

Primer cargo

Como ya se dijo, se fundamenta en la causal segunda sobre reformatio in pejus. Sostiene el acusador que el Tribunal, al condenar solamente al Municipio de Cúcuta a pagar la suma de $ 24.960.00 por concepto de lucro cesante, en vez de mantener la condenación solidaria a las tres entidades demandadas, y al revocar las condenas por auxilio de cesantía e indemnización moratoria e inhibirse para hacer pronunciamiento sobre aquella prestación, hizo más gravosa la situación "de la parte demandante que apeló la providencia de primera instancia", la cual por otra parte, era inmodificable para el Colegio y para la Caja de Previsión Social, pues el fallo no era revisable en relación con ellas por no cobijarlas el grado de consulta ni haber interpuesto recurso de apelación. Aquel beneficio está instituido en favor del trabajador frente a sentencias totalmente adversas y en favor de la Nación, el Departamento y el Municipio, pero no se refiere a las Entidades de Derecho Público en general, y la norma que lo establece es de interpretación restrictiva, como lo ha entendido reiteradamente la Corte.

El censor menciona los requisitos que la doctrina ha reconocido como necesarios para que pueda tener lugar al fenómeno de la reformatio in pejus, es decir, : 1º. Que haya un litigante vencido; 2º. Que una parte apele y la otra no o que sea procedente la consulta en favor de una de las partes; y 3º. Que la sentencia de segunda instancia haga más gravosa o empeore la situación de la única parte que apeló o de aquélla en cuyo favor se surtió la consulta; y afirma que en el presente caso se cumplen cabalmente esos presupuestos, razón por la cual la sentencia debe ser

casada en la forma que el alcance de la impugnación precisa.

El opositor admite que las condiciones de la reformatio in pejus estuvieron bien citadas por el recurrente, pero arguye que, conforme a ellas, el empeoramiento debe ser alegado por la parte vencida que apeló o que tenía en su favor el grado de consulta; que ésta se surtió en favor de la parte demandada que fue la vencida en la primera instancia y que, por lo tanto, era la única con interés para alegar reformatio in pejus en el evento de que su situación hubiese resultado desmejorada. Niega que el actor hubiera apelado, y por todas esas consideraciones, y otras más que formula en extenso, se opone al éxito de la acusación.

Para resolver, se considera:

Es atinada la enumeración que ambas partes hacen, en perfecta coincidencia entre sí y con lo que la doctrina y la jurisprudencia tienen establecido en punto a los requisitos o condiciones que deben concurrir para que pueda alegarse violación del principio de la reformatio in pejus. Es evidente, pues, que debe estarse en presencia de un único apelante, o del grado de consulta en favor de una de las partes, pero no frente a las dos posibles situaciones simultáneamente, porque en tal caso, como cuando ambas partes apelan, el empeoramiento sufrido por alguna de ellas no sería susceptible de ser alegado, en procura de una reparación, con fundamento en supuesta violación del mencionado principio. Este, por lo demás, sólo podría ser esgrimido, en el evento de una desmejora, por el único apelante o por la parte en cuyo favor se halla establecido la consulta, siendo obligado entender que la reforma en peor de la sentencia revisada debe afectar a quien la apeló o a quien la ley otorga el privilegio de beneficiarse con la consulta. También resulta incuestionable, de otro lado, que el referido grado de jurisdicción solamente ampara al trabajador y a la Nación, el Departamento y el Municipio, con exclusión de los restantes entes de derecho público, pues la taxatividad de la norma que la consagra no permite extenderla a ellos, ni la aplicación analógica.

En el asunto sub judice, la parte vencida en la primera instancia lo fue la demandada y en favor de algunos de sus integrantes, por ministerio de la ley, se surtió la consulta. Contrariamente a lo que afirma el impugnante, la parte actora, triunfadora en esa etapa del proceso, no apeló de la decisión del Juzgado. El Tribunal reformó la sentencia mejorando la situación de la parte demandada en cuyo favor operaba la consulta, y si bien ese mejoramiento repercutió en contra del demandante, en manera alguna puede admitirse que se haya configurado el fenómeno de la reformatio in pejus,pues dicha parte no sólo no fue vencida en la primera instancia, sino que, además, no recurrió en apelación la respectiva providencia, y si ni siquiera tuvo el carácter de apelante, mucho menos pudo haber ostentado el de único apelante, que es uno de los presupuestos esenciales para la aplicación del postulado que se pretende vulnerado. Frente a la situación que exhiben los autos, tal alegación sólo habría podido formularla la parte demandada —vencida en el primer grado y en cuyo favor se surtió la consulta— en la hipótesis de que la carga impuesta por la sentencia consultada se le hubiera hecho más onerosa.

Si el sentenciador de segundo grado extendió el beneficio de la consulta a entidades ajenas a él, es cuestión, en sí misma considerada, totalmente extraña al fenómeno de la reformatio in pejus planteado en la censura. El ataque, en este aspecto, no puede encontrar apoyo en la causal segunda de casación. El camino escogido para formularlo sobre aquella base es inadecuado y, por lo mismo, ineficaz.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de violar, por infracción directa los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945; 16, 47, 48, 49 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 14 del Decreto 3135 de 1968, por haberlos dejado de aplicar en relación con las entidades administrativas denominadas Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta y Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta o haberlos aplicado en forma incompleta al hacerles producir sus efectos únicamente en relación con el Municipio de Cúcuta y no contra dichas entidades también.

Según el censor, el Tribunal acepta que el demandante celebró un contrato escrito de trabajo, por el término de un año, con el nombrado Colegio y el Municipio de Cúcuta; que el aludido establecimiento educativo fue creado y autorizado para funcionar mediante Acuerdos del Concejo Municipal y aprobado por Resolución del Ministerio de Educación; que su Junta Directiva dio por terminado unilateralmente el aludido contrato; que dicha terminación se realizó sin justa causa y que, conforme al Acuerdo número 1 del 30 de enero de 1964, la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores oficiales y empleados públicos de ese sector municipal. De consiguiente, si el mencionado Colegio y la Caja de Previsión fueron demandados, ha debido condenarlos también solidariamente, por ser responsables del incumplimiento de lo pactado en el contrato de trabajo, y no restringir la condenación al Municipio de Cúcuta solamente.

La violación, pues, de los preceptos legales reseñados en el cargo, "consistió en dejar de aplicar o extender dichas disposiciones en relación con el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta y Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta, entidades responsables en el pago de la indemnización por perjuicios ocasionados al demandante por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo".

El Procurador Delegado replica este ataque de la siguiente manera:

"Como se dijo respecto del primer cargo, el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta es una dependencia del Municipio de Cúcuta que carece de personería jurídica por lo que forma parte del mismo Municipio; en tal virtud, la condena impuesta al Municipio cobija al Colegio sin que sea necesario condenar al Colegio dado que carece de personería.

"En cuanto a la Caja de Previsión Social es conveniente anotar que la proposición jurídica que formula el impugnante resulta incompleta, porque no indica el precepto que consagre la obligación de esta entidad al pago de indemnización por despido sin justa causa; las normas jurídicas que indica como infringidas no atribuyen a la Caja de Previsión Social del Municipio de Cúcuta la obligación de pagar esta especial indemnización por lo que no se configura la violación por parte del sentenciador de segunda instancia e indicada en este cargo, y por lo tanto no puede prosperar. Así lo solicito y respetuosamente pido a la Honorable Corte lo declare".

Se considera

El recurrente afirma, como presupuesto fáctico admitido por el fallador, que la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta era la entidad encargada del pago de prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores del Municipio y, en concreto, de los servidores del Colegio Municipal. En tales circunstancias, no era necesario que citara la norma legal que da fundamento a esa obligación, aceptada, según el cargo, por la sentencia. La omisión observada a este respecto por el opositor no hace incompleta la proposición jurídica ni invalida el ataque. Sin embargo, éste carece de eficacia por otras diferentes razones.

En efecto, aunque es cierto que el sentenciador reconoció validez al contrato de trabajo celebrado entre el Colegio y el Municipio de Cúcuta, de una parte, y Obregón Fernández, de la otra; que su término de duración se estipuló en un año y que el trabajador fue despedido por la Junta Administradora de aquél sin justa causa, no es exacto que hubiese admitido que el Colegio hubiera sido creado como un ente jurídico autónomo, con personería y patrimonio propios; como tampoco que la Caja de Previsión Social fuese la encargada de pagar toda clase de indemnizaciones que se causen en favor de los empleados municipales. Todo lo contrario, al estudiar la pretensión sobre lucro cesante claramente expresó que al trabajador "debe indemnizársele por el Municipio, que es la entidad legalmente responsable en el caso sub lite, con los salarios que faltaban para el vencimiento del contrato", y advirtió que "al confirmar esta condena, hará la modificación del caso para que quede legalmente impuesta". Al radicar la condena por este extremo en cabeza del Municipio únicamente, desconoció la autonomía del Colegio, estimándolo como una simple de-

pendencia de aquél, y exoneró de toda responsabilidad a la Caja por no considerarla sujeto pasivo de esa obligación.

Significa lo anterior que el cargo que se examina se construye sobre cuestiones de hecho que la sentencia no da por establecidas y que son materia de discusión. Así las cosas, no pudo el juzgador haber incurrido en las violaciones de ley que la censura le atribuye, pues la vía directa escogida para formularla resulta absolutamente inapropiada.

Se desestima el ataque, en consecuencia.

Tercer cargo

El fallo recurrido, en sus ordinales 2º y 3º, es violatorio, "por falta de aplicación, del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y artículo 14 del Decreto 3135 de 1968, violaciones en que incurrió el fallador de segunda instancia por vía indirecta a consecuencia de errores manifiestos de hecho por equivocada apreciación o apreciación errónea" del memorial de folio 12 dirigido por el demandante al Gerente de la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta y de la comunicación suscrita por el Secretario de dicha Caja y dirigida al Juzgado, visible a folio 64.

Los errores de hecho consistieron en:

"1º. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante señor Cosme Obregón Fernández no agotó el procedimiento reglamentario correspondiente antes de instaurar la demanda en lo relacionado con el auxilio de cesantía;

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que para reclamar el derecho al auxilio de cesantía se debe acreditar que no se es deudor del Tesoro Municipal de Cúcuta al no acompañar a la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el finiquito de la Contraloría;

"3º. Dar por demostrado que el demandante abandonó la reclamación sobre el auxilio de cesantía solicitada a la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta".

Para la demostración del cargo el impugnador afirma que el citado memorial de folio 12 fue presentado a la Caja el día 11 de junio de 1973, o sea un mes antes de instaurarse la demanda, por lo cual el procedimiento reglamentario quedó agotado oportunamente, ante el silencio de la administración. Habiendo sido el contenido de este escrito fiel copia del que se dirigió con el mismo fin al Municipio de Cúcuta y al colegio, no se entiende el motivo por el cual el juzgador de segunda instancia acepta que para las demás entidades demandadas, a excepción de la Caja, sí se agotó la vía gubernativa en relación con el auxilio de cesantía; si esta etapa previa se cumplió a través de idéntica reclamación con respecto a aquellas entidades, también tiene que haberse agotado frente a la Caja de Previsión.

El demandante —agrega— al solicitar el reconocimiento y pago de las pretensiones de la demanda, entre ellas la cesantía, acompañó todos los documentos exigidos para acreditar ese derecho, tales como acta de posesión, resoluciones de nombramiento y de insubsistencia, tiempo servido, sueldos devengados, prima de Navidad y finiquitos de la Tesorería Municipal y Contraloría Municipal de Cúcuta. Pero el Tribunal exige documentos para el reconocimiento del auxilio de cesantía que la ley sustantiva no contempla. A continuación transcribe apartes del salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la Sala falladora, en el cual se sostiene que la sentencia, al exigir el cumplimiento de determinados requisitos para que pueda tenerse como agotado el procedimiento reglamentario, desconoce que las normas laborales que rigen el pago de prestaciones sociales son de orden público y de imperioso cumplimiento, y que conforme a ellas si el pago no se hace dentro del término de 90 días el vínculo contractual deberá considerarse reanudado para efecto de salarios, sanciones e indemnizaciones, sin que sea necesario el cumplimiento de otros requisitos, pues la ley tiene mayor jerarquía que un Acuerdo Municipal.

El recurrente concluye su alegación negando que el actor hubiese abandonado la gestión relativa al reclamo de la cesantía, ya que era a la Entidad de Previsión a quien correspondía su trámite con base en los documentos acompañados para acreditar el derecho a esa prestación.

El opositor observa que la proposición jurídica no es completa por cuanto no incluye las normas concernientes a la indem-

nización moratoria; niega que los escritos presentados a las distintas entidades demandadas correspondan a un mismo texto y que el Tribunal haya incurrido en la equivocada apreciación de pruebas y en los errores de hecho que se le imputan.

Se estudia.

Ciertamente el ordinal 2º de la sentencia impugnada se refiere a la cesantía y a la indemnización moratoria, pero la mención que de él hace el recurrente debe entenderse relacionada con aquella prestación únicamente, pues el ataque, como lo reconoce el opositor, sólo se encamina a destruir el pronunciamiento absolutorio por ese extremo.

Con examen del Acuerdo Municipal Nº 1 de enero 30 de 1964, reorgánico de la Caja de Previsión Social de Cúcuta, en sus artículos 23 y 20, el Tribunal dedujo que a dicha entidad le corresponde el pago del auxilio de cesantía reclamado por el actor, pero que éste, para obtener ese reconocimiento, estaba obligado a presentar, como requisito esencial, entre otros, certificado expedido por la Contraloría Municipal en el que conste que no es deudor del Tesoro Municipal y que se encuentra a paz y salvo, requisito que no estimó satisfecho por el demandante a través del escrito de folio 12. Además, con base en el informe rendido por el Secretario de la Caja (fl. 64), infirió que el trabajador había abandonado las gestiones tendientes a obtener el pago de la cesantía. Finalmente, y con aquellos fundamentos, asentó las siguientes conclusiones:

"En estas condiciones, no puede decirse que el actor, como era su deber, conforme al Art. 6º del C. de P. L., agotó el procedimiento reglamentario correspondiente antes de iniciar la acción judicial y, por tanto, no puede imputarse a la Caja Municipal retardo alguno en el despacho de la prestación reclamada. Debe aclararse, como lo hizo la H. Corte de 15 de junio (sic) de 1970, en el juicio de José Joaquín Pérez contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que la entidad prestacional no decreta oficiosamente el pago de ninguna de las obligaciones sociales, sino que para tal fin es indispensable que el peticionario acompañe todos los documentos o comprobaciones necesarios a la demostración del derecho que tiene a la prestación reclamada. Toca esto con el agotamiento del reclamo gubernamental. Sobre este requisito, la H. Corte ha sido muy clara y terminante, pues tiene establecido que 'la exigencia del Art. 6º del C. de P. L., sobre agotamiento previo del procedimiento gubernativo o reglamentario constituye factor de competencia para el Juez Laboral, y como tal, debe estar satisfecha en el momento de la admisión de la demanda' ".

Se ve, claro, entonces, que los artículos 20 y 23 del Acuerdo Nº 1 de 30 de enero de 1964 y 6º del Código de Procedimiento del Trabajo constituyen pilares fundamentales de la decisión adoptada sobre este aspecto del litigio, y como tales preceptos no forman parte de las normas cuya violación se acusa, deviene incuestionable que la proposición jurídica no es completa y que el cargo no permite el estudio en el fondo.

Con todo, no sobra anotar que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que la impugnación señala, pues no cabe duda de que el artículo 20 del Acuerdo mencionado, que establece el procedimiento que debe seguirse para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante la Caja, exige, "como requisito esencial para formular la reclamación, acreditar, mediante paz y salvo expedido por la Contraloría Municipal, que no es deudor de suma alguna al Tesoro Municipal ..", requisito cuyo cumplimiento no demuestra el documento de folio 12, pues aquel certificado ni siquiera figura en la enumeración de las piezas que se afirman acompañadas a la reclamación. De esta forma, resulta evidente que el procedimiento reglamentario no fue cumplido a cabalidad y que la referida prueba no fue objeto de una equivocada apreciación. Como tampoco lo fue el oficio de folio 64, en cuanto el sentenciador dedujo de él que "parece que aquél (el demandante) abandonó su gestión prestacional, según lo sugiere el Secretario", toda vez que la aseveración de éste, en el sentido de que el reclamante "Igualmente no ha tramitado sus prestaciones sociales a que pueda tener derecho", bien permite hacer esa conjetura. Por lo

demás, el fallador apoyó principalmente su decisión en aquella prueba y no en ésta, pues agregó: "y en todo caso, no llevó el finiquito de contraloría a la Caja, que exige para el lleno de la documentación el Acuerdo Municipal citado".

Por último, cabe anotar que la exigencia del agotamiento previo del respectivo procedimiento administrativo o reglamentario está contenida en el artículo 6º del Código Procesal Laboral, norma, por lo menos, de igual categoría a la que concede el plazo de gracia de 90 días y que, además, no existe conflicto u oposición entre ellas.

También este cargo se rechaza.

Cuarto Cargo

Interpretación errónea del artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945.

Dice el impugnador que el Tribunal admite la vinculación laboral entre las partes y el hecho del despido injustificado, por lo que impone a la demandada la indemnización correspondiente. No obstante lo cual se abstiene de condenar a la sanción por mora pretextando ausencia de negligencia imputable a la Caja respecto de la obligación de pagar auxilio de cesantía, y con el argumento de que era discutible la existencia del derecho a la indemnización por despido.

La interpretación errónea consiste, a juicio del recurrente, en considerar que a pesar de haber transcurrido más de dos años después de haberse reclamado la cancelación de la cesantía y de las indemnizaciones por despido y por mora, no existe negligencia de la parte demandada en el cumplimiento de las mismas, mediando la prescripción del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que ordena su pago en el término de 90 días.

Para hacer más consistente la tesis anterior transcribe jurisprudencia de la Corte y luego se refiere a las circunstancias que originaron el despido, criticando las consideraciones del Tribunal, por que, en su concepto la indemnización por despido constituía un derecho cierto e indiscutible y la demandada no podía ignorar ni el deber patronal en punto a las modalidades de la terminación unilateral del contrato, ni las consecuencias que le siguen a la omisión del deber legal de señalar la causa del despido. Deduce, de ello, que la parte demandada estaba obrando de mala fe.

Siguiendo el orden expuesto, el recurrente expresa nuevamente que el Tribunal interpretó erróneamente los ordenamientos enunciados en el cargo, cuando estimó que la demandada no había sido negligente en el pago de la cesantía y la indemnización por despido y que había obrado de buena fe; y al considerar discutible e incierta esa obligación. Concluye el cargo con la transcripción de otra jurisprudencia de la Corte.

En el escrito de réplica se critica el cargo desde un doble aspecto. En primer término, observa el opositor que el casacionista omite decir en qué consistió el criterio equivocado que el Tribunal dio a las normas indicadas en la acusación. Y, de otra parte, advierte que la modalidad de violación de la ley escogida por el impugnador no fue la adecuada, pues en ella se supone acuerdo entre aquél y los hechos que encontró demostrados el sentenciador, lo que no ocurre en el planteamiento de esta censura en el aspecto relativo a la buena fe.

Se considera

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia de la Sala que la cuestión relativa a la buena o mala fe para efectos de determinar si la mora patronal estuvo justificada o no, es un problema de hecho, que, por lo mismo, tiene que ventilarse a través de examen de pruebas. La interpretación errónea afirmada en el cargo es una modalidad del concepto de violación directa, la cual excluye, de plano, toda discusión sobre situaciones fácticas, pues, acerca de ellas, debe existir completo acuerdo entre el recurrente y el juzgador. Como del desarrollo del ataque resalta que existe discrepancia sobre asuntos de esa naturaleza, la acusación resulta inadmisible en la forma propuesta.

Por lo tanto, se desecha.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el día treinta de abril de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario laboral instaurado por Cosme Obregón Fernández contra el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta, el Municipio de Cúcuta y la Caja de Previsión Social Municipal de Cúcuta.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta **Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO
CON LOS AGENTES COLOCADORES DE POLIZAS DE SEGUROS

Inexistencia del contrato de trabajo con los apoderados, representantes distritales, directores, agentes y subgerentes generales o locales

No es dable confundir la situación jurídica del colocador de pólizas con la del agente regional o local

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre primero de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 6085).

(Acta Nº 36).

Inconforme con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 11 de marzo de 1977 en el juicio que propuso contra ellas el señor Ernesto Patiño Quintero, interpusieron casación las firmas "Aseguradora Mercantil S. A.", "Seguros Tequendama S. A.", Seguros Tequendama de Vida S. A.", "Capitalización y Ahorros Tequendama S. A.", y "Administradora de Inversiones Tequendama S. A.".

Pretenden con ello que se deje sin efecto aquella sentencia y luego se mantenga la del primer grado, que fue integralmente absolutoria. Proponen así en la demanda de casación (folios 5 a 25 de este cuaderno) un solo cargo que no fue replicado por la contraparte y cuyo planteamiento dice así:

"La sentencia acusada violó por vía indirecta, al haberlos aplicado, el inciso 2º, del artículo 1º del Decreto 3120 de 1956, modificatorio del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, así como los artículos 9º, 10, 11, 12, 13 y concordantes de la Ley 65 de 1966, por no haberlos aplicado y aplicación indebida el inciso 1º del mismo artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, así como las normas del Código Sustantivo del Trabajo en que fundamenta la condena al pago de auxilio de cesantía, vacaciones y primas, a saber, los artículos 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, todo ello como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar o por falta de apreciación de pruebas contenidas en documentos auténticos allegados al proceso y que aparecen de modo manifiesto en los autos como lo demostraré adelante".

Transcribe en seguida el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 3129 de 1956 y hace un extenso análisis encaminado a demostrar que ante la ley existe una diferencia sustancial entre el agente colocador de pólizas de seguros, cuya vinculación con la compañía a la cual sirve puede ser un contrato de trabajo, y el apoderado, representante, gerente distrital o agente general o local de una aseguradora, que nunca puede calificarse como trabajador subordinado. Examina así lo estatuido tanto por el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956 como por los artículos 1º, 9º, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 65 de 1966, reglamentaria de la profesión de agente colocador de seguros, para concluir que el agente general o local de una aseguradora, así sea una persona física, nunca está vinculado por contrato laboral con esta última sino por nexos que rigen el derecho mercantil.

Y remata la acusación de esta manera:

"En el caso que nos ocupa el Tribunal Superior de Bogotá, como consecuencia de

errores de hecho en que incurrió al apreciar algunas pruebas documentales allegadas al proceso y por no haber analizado siquiera otras que mediante documentos auténticos demuestran plenamente la calidad de empresa comercial que tenía el actor al desempeñar las funciones de agente local de las compañías que represento en la ciudad de Pereira, incurrió en la violación de las leyes sustanciales citadas en este cargo.

"En efecto, veamos cuáles son las pruebas erróneamente apreciadas. En primer término, encontramos en el expediente el certificado público mediante el cual se vinculó el señor Patiño a las compañías demandadas, lo cual constituye plena prueba de que la vinculación fue de carácter comercial, habida cuenta de las normas de la Ley 65 de 1966 que se acaban de analizar, según las cuales, el certificado público es el documento específico para acreditar la agencia comercial en el caso de la representación de compañías aseguradoras, a diferencia de los agentes colocadores que sólo requieren la credencial expedida por la Superintendencia Bancaria y el respectivo contrato de trabajo. Para caer en este error parece que el Tribunal tan sólo se dejó llevar de la mano por la declaración del testigo señor Jaimes Lesmes Suárez, quien, al preguntársele si trabajar con credencial significa ser agente colocador y trabajar con certificado público significa ser agencia comercial, contesta:

"Trabajar con credencial significa ser agente empleado, es decir, tiene derecho a todas las prestaciones sociales legales. El certificado público para que se considere que es agente comercial requiere que haya sociedad debidamente registrada en la Cámara de Comercio y por escritura pública. Concreto sobre la pregunta: al poseer certificado público no forzosamente indica que sea agente comercial".

"Parece que el Tribunal sólo tuvo en cuenta esta apreciación de un testigo, así como un concepto rendido por el eminente jurista doctor Carlos Jaramillo Arrubla en el cual se sostiene que existe contrato de trabajo no solamente con los agentes colocadores de seguros sino también en los contratos de agencia general con personas naturales. Llevado de estos conceptos el Tribunal concluye que Patiño no pudo celebrar el contrato de agencia comercial por ser persona natural y no haber constituido una sociedad comercial. Error de hecho ostensible si tenemos en cuenta la norma ya citada del artículo 9º de la Ley 65 de 1966 según la cual 'es agencia la oficina dirigida por **una persona natural o jurídica** que por medio de **una organización propia** representa a una o varias compañías de seguros en un determinado territorio'. (El subrayado es nuestro). De donde se aprecia ostensiblemente cómo las opiniones del testigo y del eminente abogado ya mencionado indujeron al Tribunal a uno de los errores de hecho que amerita la casación de la sentencia impugnada.

"Pero además el Tribunal incurrió igualmente en error de hecho al desestimar las pruebas presentadas al proceso por las compañías demandadas, consistentes en el certificado expedido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Pereira, visible al folio 154, en el cual consta que el señor Ernesto Patiño Quintero se afilió al Instituto como patrono, con actividades de empresa de servicio, en donde aparece con la ficha patronal número 03-51 8260-976, con oficinas en el Edificio del Banco de Bogotá de esa ciudad. Aparece afiliado desde el 19 de octubre de 1965 hasta el 24 de noviembre de 1972, y tuvo a su servicio, como empleados afiliados a los siguientes trabajadores; Oscar Alzate Zapata, Carlos E. Cardona Patiño, Rosalba Montilla García, Luz Nelly González Osorio, María C. Mejía Yepes y Dora Ballesteros Pereira. Figura también al folio 168 el certificado expedido por el Banco de Bogotá en Pereira, según el cual el señor Patiño fue arrendatario en el Edificio del Banco de Bogotá de esa ciudad, primero de la oficina 208 desde noviembre de 1965 y luego de la 209 hasta noviembre de 1973. Estos dos documentos auténticos constituyen plena prueba de que el señor Ernesto Patiño Quintero, en la ejecución del contrato comercial que lo ligó con las compañías que represento, actúo en todo momento como una empresa comercial por sí mismo, con oficinas propias tomadas en arriendo por él y a su nombre, con empleados a su servicio como él mismo lo declara, al afiliarlos al Instituto Colombiano de Segu-

ros Sociales. Estos documentos auténticos de tan señalada importancia para la decisión de la litis, no les merecen al Tribunal la menor atención, ni siquiera los menciona en los considerandos del fallo acusado, lo que constituye ostensible error de hecho, porque, si el Tribunal se hubiese detenido a considerar el contenido de estas pruebas, habría concluido sin la menor vacilación que el actor constituía una empresa por sí mismo y que en tal caso había celebrado con las compañías demandadas el contrato comercial de agencia para la ciudad de Pereira.

"Esta observación se hace más visible si tenemos en cuenta que el fallador al analizar el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956 y los requisitos que dicha norma establece para que haya contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros, destaca especialmente, bajo la letra e), 'que no constituya por sí mismo una empresa comercial'. De modo que el Tribunal sí reconoce que, por mandato de la ley, para que se estructure el contrato laboral con los agentes colocadores, además de la dedicación personal y exclusiva a la colocación de seguros, bajo la continuada dependencia de una compañía y mediante remuneración, la ley exige que el agente 'no constituya por sí mismo una empresa comercial'. No obstante, existiendo en el expediente los dos documentos auténticos a que vengo refiriéndome, el Tribunal ni siquiera los menciona en su análisis de pruebas, lo que constituye evidentemente un ostensible error de hecho que determina la inexequibilidad de la sentencia.

"Para llegar a la conclusión de la existencia del contrato de trabajo el Tribunal afirma: 'en otros términos, si el actor logró acreditar los requisitos a que hace referencia el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, forzosamente hay que concluir que entre el actor y las entidades demandadas existió un contrato de trabajo'. Pero el fallador, con una falta de coherencia notoria, olvida que líneas atrás había señalado los requisitos establecidos por la ley para que se estructure el contrato de trabajo con los agentes colocadores, entre los cuales figura el que éstos no constituyan por sí mismos una empresa comercial, no obstante lo cual, teniendo a la vista los dos documentos que venimos analizando, no los menciona siquiera, cuando ellos constituyen la prueba plena de que el actor no estuvo vinculado por un contrato de trabajo.

"La inconsistencia del fallo impugnado se hace más notoria en el siguiente aparte: 'de todo lo expuesto anteriormente hay que concluir que las normas que deben tenerse en cuenta para determinar la existencia del contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros, son los artículos 1º y 2º del Decreto 3129 de 1956 y no la Ley 65 de 1966 ni su Decreto Reglamentario 837 de 1967, en consideración a que estas últimas disposiciones sólo reglamentan la profesión de agente colocador de seguros'. Si precisamente se trata de definir la condición jurídica del actor enfrente de las compañías demandadas, esto es, si su vínculo era contractual laboral, o sea, si era un simple agente colocador de seguros, o, por el contrario, estaba ligado por un contrato comercial, como no va a tener incidencia la Ley 65 de 1966 que no sólo reglamenta la profesión de agente colocador de seguros sino que reglamenta también lo relativo a las agencias comerciales, que es precisamente la materia sub judice?

"Creo dejar demostrado con las consideraciones anteriores los ostensibles errores de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el contenido de los certificados públicos que en documentos auténticos se allegaron al proceso, y al dejar de apreciar los certificados expedidos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y por el Banco de Bogotá, que demuestran la condición de empresario del actor, lo cual condujo al Tribunal a la violación de la ley sustancial, tal como se indica al formular el cargo".

El Tribunal, por su parte, hizo las siguientes reflexiones:

"**Existencia del Contrato de Trabajo**. La prestación de servicios por parte del actor se halla plenamente demostrada, con el certificado público que lo acredita como Agente Local de Aseguradora Mercantil S. A., Aseguradora Mercantil de Vida y Accidentes S. A. y Mercantil de Capitalización y Ahorro S. A. (folio 11); con la copia de la diligencia de posesión número 593 de fecha 8 de julio de 1964, en la cual consta que

el actor tomó posesión del cargo de Agente Local de Aseguradora Mercantil ante la Alcaldía de Pereira (folio 13); con la carta de fecha junio 30 de 1964 dirigida a la Aseguradora Mercantil de Pereira y suscrita por el señor Juan Francisco Morales G., en la cual se anuncia el envío del certificado público número 6004, a nombre del demandante y debidamente aprobado por la Superintendencia Bancaria (folio 14); con la contestación de la demanda (folios 104 a 110), y de manera especial con la confesión del señor apoderado de la parte demandada al contestar los hechos tercero a séptimo, noveno, décimo, trece y catorce; con las declaraciones de los señores Luis Guillermo Galindo Sabogal (folios 157 a 167) y (171 a 174), Margarita Vidales Vélez (folios 174 a 176) y Jaime Lesmes Suárez (folios 232 a 236); con el dictamen pericial (folios 287 a 320); con la ampliación del mismo (folios 356 a 358). De las pruebas mencionadas anteriormente se deduce que el actor prestó sus servicios desde el ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta el cinco (5) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), es decir, por un lapso de seis (6) años, nueve (9) meses y veintisiete (27) días.

"Sentado lo anterior conviene estudiar si la prestación de servicios del actor se hizo en virtud de una relación contractual laboral, como se afirma en la demanda, o si por contrario estuvo vinculado por un contrato comercial como se sostiene en la contestación de la demanda.

"Para resolver esta cuestión es necesario remitirse a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, que modificó el artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dice textualmente lo siguiente:

"1. Hay contrato de trabajo con los Agentes colocadores de pólizas de seguros, que tengan carácter general o local, cuando dichos trabajadores se dedican personal y exclusivamente a esta labor en compañías de seguros, bajo su continuada dependencia, mediante remuneración y no constituyan por sí mismos una empresa comercial".

"Del texto del artículo que se acaba de transcribir, se deduce que para que haya contrato de trabajo con los Agentes colocadores de pólizas de seguros, se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos, a saber:

"a) Que el trabajador se dedique personalmente a la colocación de seguros.

"b) Que esa dedicación sea exclusiva.

"c) Que esté bajo la continuada dependencia de una Compañía de Seguros.

"d) Que exista una remuneración.

"e) Que no constituya por sí mismo una empresa comercial.

"Como puede observarse, a esta clase de trabajadores no solamente se les exige los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para que se les considere vinculados por una relación contractual laboral, sino que además es necesario la existencia de dos requisitos adicionales que son: a) la exclusividad, o sea, que deben dedicarse únicamente a la colocación de pólizas de seguros; y b) la prohibición de constituir por sí mismos una empresa comercial.

"Ya desde la vigencia de la Ley 6ª de 1945 se estableció la exclusividad, y el Decreto 1787 de 1946, entendió como tal la prestación personal del servicio por el Agente, mediante una remuneración, bajo la continuada dependencia de una o más Compañías de seguros, en forma que embargue normalmente la mayor parte de la jornada ordinaria de trabajo.

"Al expedirse el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 94 se consagró una prohibición para los Agentes colocadores de pólizas de seguros, según la cual éstos no podían constituir una empresa comercial, principio que posteriormente fue acogido por el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956. En otros términos, con esta prohibición implícitamente se está restringiendo la libertad de trabajo, con lo cual se violaría el principio consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, de que el trabajo es una obligación social que goza de la protección especial del Estado.

"En el caso **sub judice**, se halla demostrado que el demandante desempeñó personalmente la activida de colocar seguros; que estuvo sometido a la subordinación o dependencia de las demandas, y como tal recibía órdenes o instrucciones de las mismas; que recibió comisiones como contraprestación por sus servicios, y que se dedicó exclusivamente a la venta de seguros. En

efecto, en las certificaciones que obran a los folios 30 y 31 de los autos, las cuales fueron reconocidas por el señor apoderado de la demandada al contestar los hechos trece y catorce del libelo de demanda, se acepta que el actor prestó sus servicios como Agente Vendedor y que para el cumplimiento de sus funciones necesitaba hacer frecuentes viajes fuera de la ciudad.

"De otro lado, en la carta de fecha 20 de agosto de 1969, dirigida al actor por el Sub-Gerente de Producción (folio 17), se le exige un esfuerzo para completar la cuota que se le había fijado. En la circular de fecha febrero 18 de 1970 dirigida al demandante por el señor Edgar Rodríguez Huergo, la cual obra a folios 19 de los autos ocurre una cosa similar a lo observado en la carta antes mencionada. En efecto, en esta circular se dice textualmente lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la Oficina Principal ha fijado a esta Sucursal una cuota mínima de vida, de $ 80.000.00 en primas y $ 800.000.00 en valores nominales en capitalización, atentamente les comunicamos que nos hemos visto en la obligante necesidad de fijarles las siguientes cuotas mensuales de producción, a partir de la presente" (se subraya).

"A su vez el señor Luis Guillermo Galindo Sabogal, quien estuvo a cargo de la Dirección del Departamento Administrativo de las demandadas, en su declaración que obra a folios 157 a 167 de los autos, manifiesta que conoció al demandante desde el año de 1963 aproximadamente, ejerciendo sus labores en la venta de seguros y títulos de capitalización autorizados por las Compañías de Grupo Tequedama, por cuyos servicios le pagaban comisiones quincenalmente. Al preguntársele si el declarante debía entenderse con el demandante en lo relacionado con el trabajo de éste, contestó:

"Estas relaciones eran indirectas en su mayoría por cuanto el señor Patiño DEPENDIA de la Sucursal de SEGUROS TEQUENDAMA EN PEREIRA. Oficina a la cual estaba adscrito y la mayoría de las órdenes e instrucciones las recibía a través del Gerente de dicha SECCIONAL, sinembargo algunos documentos como Certificados para su declaración de renta y otros se le hacían llegar directamente desde la Oficina Principal" (se subraya).

"Al preguntársele si en razón de sus funciones tuvo que hacer un estudio y preparar varios documentos para aclarar si los Agentes, como el demandante, tenían derecho a prestaciones sociales por estar vinculados por un contrato de trabajo, contestó:

"Sí efectivamente en el año de 1970 se sacaron algunos datos estadísticos de los Agentes que estaban vinculados a la Comñía y a los cuales debía aclarársele su situación en cuanto a la reclamación que tenían con ésta, estas cifras fueron estudiadas con la Dirección de la Compañía, en especial con la Sub-Gerencia de Producción, Sub-Gerencia Administrativa y Gerencia General, por tratarse de un caso un tanto particular la decisión final o los resultados nunca los conocí hasta la fecha del retiro".

"Al preguntársele si conoció el concepto que el doctor Castor Jaramillo Arrubla rindió para Asecolda, y si el Departamento en que trabajaba tanto el declarante como el actor, llegó a las mismas conclusiones, contestó:

"Físicamente no conocí dicho concepto pero entere (sic) del él por la Sub-Gerencia o Sub-Gerente de Producción y a raíz de ellos ordené sacar las cifras de los vendedores que se hallaban cobijados bajo esta situación, recomendando verbalmente a la Dirección de la Compañía que arreglara esta situación transformando los contratos de estos vendedores en contratos de personas jurídicas, valga decir constituyendo sociedades" (fl. 162 y 163). (se subraya).

"Al preguntársele si entre los Agentes cuyas cuentas fueron hechas por el Departamento en donde laboraba el actor, se encontraba la del demandante, contestó:

"Sí se encontraba el señor PATIÑO y las cuentas consistían en un estimativo de prestaciones en el caso de un cambio de contrato" (fl. 163) (se subraya).

"Al preguntársele si como consecuencia de las recomendaciones hechas tanto por el doctor Castor Jaramillo Arrubla como por el declarante, la dirección de la Compañía inició una política tendiente a conseguir de los agentes vendedores la formación de sociedades comerciales con el fin

de materializar la transformación de los contratos, contestó:

No se hizo una Compañía abierta, pero sí algunos contactos en forma aislada y personal contándose entre ellos algunos hechos por el suscrito en Bogotá" (fl. 163) (se subraya).

"Al preguntársele si tuvo conocimiento que la Dirección del Grupo hizo los mismos contactos con el demandante, tendientes a conseguir que constituyera una sociedad, contestó:

"Desconozco que la Dirección de la Compañía haya hecho dicho contacto al igual que la respuesta del señor PATIÑO en ese momento, posteriormente me entere de esta entrevista y de la negativa del señor PATIÑO de cambiar su contrato, esta información la recibí de la Sub-Gerencia de Producción y que la entrevista había sido hecha a través de la Dirección de la Compañía, Gerente General, quien ése (sic) entonces era el Doctor ALVARO AZCUENAGA" (fl. 163) (se subraya).

"La testigo Margarita Vidales, en su declaración que obra a los folios 174 a 176 de los autos, manifiesta que conoció al demandante prestando sus servicios a las Compañías demandadas en la venta de Seguros, y que ese hecho le consta por haber desempeñado el cargo de Secretaria de la Sub-Gerencia de Producción de las Compañías demandadas.

"Así mismo, el señor Jaime Lesmes Suárez en su declaración que obra a los folios 232 a 236 de los autos, y quien desempeñó el cargo de Director del Departamento Administrativo de las Compañías Seguros Tequendama, manifiesta que conoció al actor dedicado a la venta de seguros de Aseguradora Mercantil la cual se fusionó con Seguros Tequendama. Al preguntársele si las Compañías demandadas fijaban topes mínimos de producción a los Agentes y al demandante, contestó:

"Sí me consta y la razón no solamente de orden interno sino de orden legal ordena que todo Agente que se dedique a la venta de seguros debe cumplir con una cuota mínima anual para ser considerado como agente, aparte de esto las Compañías dentro de su promoción de ventas concursos también fijaba cuotas por ciudades y dentro de éstas por categorías de agente, esto también me consta por haber sido Director del Departamento Administrativo". (Se subraya).

"Al preguntársele si sabe y le consta que en muchas ocasiones, dentro de las Compañías se conversó y se llegó a pensar que a los Agentes y a algunas agencias de personas naturales había necesidad de pagarle prestaciones sociales e incluso dominicales, contestó:

"Al agente empleado se le debe pagar prestaciones siempre y cuando cumplan con los requisitos mismos de ley. En cuanto a algunas Agencias, es decir, que trabajan con Certificado Público pero de persona natural si se ha comentado el peligro de tener en un momento dado que pagarles prestaciones sociales a tales personas, esto ha sido tratado a nivel de Gerencias y Directores de Compañías y Asecolda (sic) circularizando sus inquietudes a las Compañías afiliadas" (se subraya).

"Al preguntársele al declarante si en razón del cargo que desempeñaba en las Compañías demandadas pudo conocer la índole de la vinculación del demandante con tales Compañías, o sea, si estuvo vinculado como agente colocador o constituía una agencia con certificado público, contestó:

"Inicialmente trabajó como Agente en Aseguradora Mercantil con magníficos resultados y como consecuencia de esto se estableció comisiones especiales que solamente se reconocían a personas que trabajan con certificado público, esto se puede constatar con las autorizaciones dadas por la Superintendencia Bancaria para que dicho señor pudiera ejercer la profesión" (se subraya).

"Al preguntársele si el demandante tenía la calidad de Agente Colocador o de Agencia, contestó:

"Inicialmente trabajó con credencial, posteriormente con Certificado Público como persona natural".

"Al preguntársele si trabajar con credencial significa ser agente colocador y trabajar con Certificado Público significa ser Agencia Comercial, contestó:

"Trabajar con Credencial significa ser Agente Empleado, es decir, tiene derecho a todas las prestaciones sociales legales. El Certificado Público para que se consi-

dere que es Agencia Comercial requiere que haya sociedad debidamente registrada en la Cámara de Comercio y por Escritura Pública. Concreto sobre la pregunta; el poseer Certificado Público no forzosamente indica que sea Agencia Comercial" (se subraya). (fl. 236).

"Del texto de las declaraciones a que se ha hecho referencia anteriormente, se deduce que el actor prestó sus servicios a las sociedades demandadas en la venta de seguros; que se dedicó exclusivamente a dicha actividad; que las demandadas le insinuaron al demandante que transformara el contrato que los vinculaba con éste constituyendo una sociedad; que la actitud asumida por las Compañías demandadas fue consecuencia del concepto rendido por el doctor Castor Jaramillo Arrubla, con fecha 1º de septiembre de 1970 (folios 183 a 231), en el cual se sostiene que existe contrato de trabajo no solamente con los Agentes colocadores de seguros sino también en los contratos de agencia general con personas naturales. En otros términos, si el actor logró acreditar los requisitos a que hace referencia el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956, forzosamente hay que concluir que entre el actor y las entidades demandadas existió un contrato de trabajo. Pero además, el demandante se halla amparado por la presunción consagrada en el artículo 2º del mismo Decreto, por cuanto en el último año de servicios percibió por concepto de comisiones la cantidad de $ 305.708.00, según se deduce del anexo número 2 al dictamen pericial (folio 305), lo cual representa un promedio mensual de $ 25.475.66 moneda corriente, es decir, que el actor produjo sumas superiores a las exigidas en el artículo antes mencionado.

"De todo lo expuesto anteriormente hay que concluir que las normas que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia del contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguro, son los artículos 1º y 2º del Decreto 3129 de 1956, y no la Ley 65 de 1966 ni su Decreto Reglamentario 837 de 1967, en consideración a que estas últimas disposiciones sólo reglamentan la profesión de agente colocador de seguros. En efecto, la inscripción en el registro de la Superintendencia Bancaria y la expedición del certificado, son requisitos para poder ejercer la profesión de agente colocador de seguros, pero condicionado a que exista una relación contractual laboral, según el entendimiento del artículo 1º de la Ley antes mencionada". (Las subrayas y las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

El artículo 1º, inciso 1º, del Decreto 3129 de 1956 dice que hay contrato de trabajo con los agentes colocadores de pólizas de seguros cuando se dedican de manera exclusiva y personal a esa labor bajo la continuada dependencia de las compañías aseguradoras a las cuales sirven y siempre que no constituyan por sí mismas una empresa comercial. Y el artículo 2º del Decreto presume la existencia de tal contrato cuando el colocador alcanza la producción mínima anual que ese precepto establece.

Por su parte, el segundo inciso del aludido artículo 1º declara la inexistencia de tal contrato con los apoderados, representantes, gerentes distritales, directores, agentes y subgerentes generales o locales cuando bajo su responsabilidad y por causa de una comisión o subvención organizan, manejan o dirigen los negocios de una aseguradora en todo o parte del país, pero tiene libertad para dedicarse a otras actividades o negocios, sea que puedan o se les prohíba servir a varias compañías.

La claridad de estos preceptos se desvanece un poco al considerar que existe semejanza entre los agentes colocadores y los agentes generales y locales por la forma de su remuneración, ya que unos y otros perciben comisiones y, además, porque tanto los primeros como los segundos han de cumplir las instrucciones que sobre el manejo de los negocios les imparta la compañía a la cual le prestan sus servicios, aunque con mayor independencia y capacidad de representación en el agente general o local que en el colocador de pólizas.

Esta situación la clarifica, empero, la Ley 65 de 1966, reglamentaria de la profesión de agente colocador de seguros, que en su artículo 1º dice que se entiende por éste a la persona natural que se dedica de manera habitual y permanente a ofrecer pólizas de seguros, promueve la celebración

y la renovación de los contratos de seguros, y representa y beneficia con esas labores a una o varias aseguradoras, con las cuales está vinculado por contrato de trabajo.

Se esclarece así que el colocador de seguros ha de ser siempre persona física y subalterno de la compañía en la cual trabaja. Y que para el ejercicio de su actividad debe tener un certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, luego de estar registrado en ella por solicitud de una compañía o un grupo de compañías, conforme lo enseñan los artículos 2º y 4º de la Ley 65. Su representación de la aseguradora a la cual sirve se reduce a conseguir el cliente, servir de intermediario para la celebración del contrato de seguro correspondiente y recibir a nombre de ella el monto de las primas a que haya lugar.

A su vez, el artículo 9º de la misma Ley define la agencia de seguros como la oficina dirigida por una persona física o jurídica que, con una organización propia, representa a una o más compañías aseguradoras en un territorio determinado, con las facultades mínimas que señala el artículo 12. La agencia debe estar inscrita en la Junta de Títulos y obtener una resolución de la Superintendencia Bancaria para iniciar operaciones, lo cual ha de pedir la aseguradora respectiva, indicando en la solicitud las facultades que le otorga al agente, conforme al artículo 10. Además, tales facultades han de expresarse en un reglamento expedido por la agencia y aprobado por la Superintendencia, que tiene el nombre de Certificado Público, cuyo contenido debe estar en sitio visible de la oficina, conforme lo dispone el artículo 11.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley, los directores de agencias deben tomar posesión ante autoridad pública en la forma dispuesta por el artículo 93 (debió citarse el 92) de la Ley 45 de 1923 para los directores de establecimientos bancarios y enviar copia del acta respectiva a la Superintendencia.

Del contenido de tales preceptos, resulta entonces que el agente regional o local de una aseguradora puede ser persona natural o entidad jurídica, dotadas de organización propia y con poderes para representarla, cuando menos, en el recaudo de dineros causados por los contratos o negocios que celebre; en la inspección de riesgos, en las labores de salvamento; y en la promoción de la celebración de contratos de seguro, ya por su iniciativa propia o a través de agentes colocadores que la aseguradora ponga bajo su dependencia (Ley 65 artículo 12), poderes que han de constar en un Certificado Público aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Se ve pues que, dentro del régimen contenido en el artículo 1º del Decreto 3129 de 1956 y en la Ley 65 de 1966, el vínculo jurídico entre el agente colocador de pólizas y una aseguradora es laboral, mientras que el existente entre esta última y su agente regional o local es de índole mercantil. Y que, mientras el colocador sólo necesita certificado expedido por la Superintedencia Bancaria para realizar sus actividades, el agente regional o local requiere certificado público aprobado por la Superintendencia, autorización para iniciar operaciones concedida por la misma y toma de posesión de su encargo ante autoridad pública, prestando juramento de que administrará diligentemente los negocios a su cuidado y de que no violará a sabiendas la ley (artículo 92, Ley 45 de 1923).

No es dable confundir entonces la situación jurídica del colocador de pólizas con la del agente regional o local, ya que el primero es un subalterno de la compañía servida por él, que debe realizar personalmente su trabajo para no verse expuesto a perder su condición de empleado; y el segundo es representante de la compañía en los términos mínimos que señala el artículo 12 de la Ley 65 y puede cumplir su cometido, bien directamente, si es persona física, o bien a través de sus órganos estatutarios, si es persona moral, o, en uno y otro caso, mediante sus propios empleados o sirviéndose de agentes colocadores que la aseguradora ponga bajo su dependencia, sin que por el empleo de uno cualquiera de estos sistemas de organización pierda su carácter de agente regional o local, es decir, de representante o mandatario de la compañía de seguros de que se trate.

En el asunto sub judice, quedó visto que el recurrente sostiene que el fallo acusado desestimó dos pruebas: a) el certificado

del ICSS Seccional de Risaralda (fl. 154, Cdno. 1º), donde aparece que el demandante Patiño Quintero estuvo inscrito como patrono hasta enero de 1972 y que afilió sucesivamente a varias personas como trabajadores suyos; b) el certificado del Banco de Bogotá (fl. 168 ibídem), donde se lee que el señor Patiño fue arrendatario de oficinas de su edificio en Pereira hasta noviembre de 1971; y apreció erradamente otras dos: a) el certificado público mediante el cual se vinculó a don Ernesto Patiño a las compañías demandadas; b) el testimonio de Jaime Lesmes Suárez, para incurrir así en la equivocación de calificar al señor Patiño como simple agente colocador de pólizas de tales compañías, es decir, trabajador subordinado de ellas con todas las prerrogativas concedidas por la ley laboral a los asalariados, siendo así que, de acuerdo con tales pruebas documentales, el señor Patiño Quintero fue agente regional o representante en Pereira de aquellas aseguradoras, vinculado por contrato de agencia mercantil con sus mandantes.

Y como las afirmaciones del recurrente coinciden con el contenido real de esos documentos, a la luz de las reflexiones jurídicas que acabaron de hacerse, le asiste la razón en cuanto a la existencia del aludido error de hecho que le atribuye al Tribunal ad quem, lo que podría llevar a que se casara su sentencia.

Pero como ésta se apoya no sólo en los documentos, que en realidad fueron apreciados equivocadamente, y en el testimonio de Jaime Lesmes (fls. 232 a 236, Cdno 1º), que el cargo cita pero sin criticar la estimación que de él se hizo, sino además en los certificados de folios 30 y 31 del primer cuaderno, en la carta de agosto 20 de 1969, fl. 17 ibídem), en la circular de febrero 18 de 1970 (fl. 17 ibídem), en la circular de febrero 18 de 1970 (fl. 19 ibídem) y en las declaraciones de Luis Guillermo Galindo (fls. 157 a 167 ibídem) y Margarita Vidales Vélez (fls. 174 a 176 ibídem), pruebas sobre cuya evaluación el cargo no formula ningún reparo, así como tampoco sobre la aplicabilidad en este caso de la presunción que establece el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, bien claro resulta que lo dicho por el Tribunal a ese respecto, que no fue impugnado, constituye soporte suficiente para su fallo que, en consecuencia, no puede infirmarse, a pesar del ataque certero pero incompleto contenido en el cargo.

La falta de prosperidad del recurso no implicaría, sin embargo, que se condenara en costas, porque dio oportunidad a la Sala para rectificar una tesis equivocada del fallador ad quem.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO
(Contratos sucesivos)

Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica

INDEMNIZACION MORATORIA
(Buena o mala fe patronal)

La Indemnización por falta de pago que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, procede cuando a la terminación del contrato se omite la solución de los salarios y prestaciones debidos. La jurisprudencia ha entendido que el patrono queda exonerado de la indemnización si presenta razones atendibles para explicar la falta de pago completo y oportuno de las deudas laborales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre dos de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor **Alejandro** Córdoba Medina).

(Radicación número 5923).

(Acta número 33).

Carlos Alvarez, Vanegas, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.305.717 expedida en esa ciudad, demandó a la **Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana** para que fuera condenada a pagarle cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación a que dio lugar la empleadora, salarios insolutos, indemnización por mora y costas del proceso.

El actor relató los hechos de la demanda así:

"1. Vinculé mi capacidad laboral a UNAULA como profesor en las facultades de INGENIERIA, CONTADURIA Y ECONOMIA, desde el 7 de febrero de 1971 hasta el 13 de junio de 1975.

"2. Igualmente fui Jefe del Area Matemática en la Facultad de Contaduría, a partir del 15 de octubre de 1974.

"3. Durante mi vinculación a la Universidad dicté las siguientes cátedras: MATEMATICAS I, II, III y IV; ESTADISTICA II; ALGEBRA LINEAL; EDUCACIONES DIFERENCIALES; FISICA III y LOGICA MATEMATICA.

"4. Los servicios fueron prestados en forma continua e ininterrumpida, ya que fuera de la época de clases, permanecía laborando en exámenes finales, de habilitación, de admisión y matrículas; además, de

mis funciones como representante de los profesores en los Consejos de Facultad de Economía y Contaduría.

"5. Durante el año de 1974 devengué la suma de $ 4.267.00 mensuales, como contraprestación por mis servicios, y únicamente se me cancelaron $ 30.200.00 en todo el año por tal concepto, por lo cual se me adeuda la diferencia.

"6. En el primer semestre de 1975 firmé contrato de trabajo con la Universidad, a término indefinido, como profesor de tiempo completo, con un salario base de $ 5.000.00 mensuales, de los cuales se me adeudan $ 733.00 mensuales, del 1º de enero último al 13 de junio, fecha de mi retiro.

"7. Debido al no pago oportuno de mis salarios, ya que únicamente se me pagó el 30 de abril parte de mis sueldos y de esta fecha hasta la del retiro, aún no se me había cubierto suma alguna por los sueldos causados posteriormente, tuve que presentar renuncia de mis cargos por el incumplimiento del contrato y de las obligaciones legales de la empleadora.

"8. En febrero de 1975 recibí la suma de $ 2.955.00 como abono a las prestaciones sociales correspondientes a 1974, y el 26 de junio de 1975, la suma de $ 3.910.00 como abono a las prestaciones del primer semestre de este año.

"9. La Universidad liquidó las prestaciones sociales el 26 de junio último, con base en el contrato o remuneración de 1974 y sólo desde enero 1º de 1975 a junio 13 del mismo, desconociéndose mi vinculación a partir del 7 de febrero de 1971.

"10. Las directivas de la Universidad fueron notificadas por escrito sobre los motivos de mi retiro (incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales: No pago de salarios), el 16 de junio de 1975".

El apoderado de la demandada propuso excepciones de contrato incumplido, retiro o abandono de algunas cátedras, abandono de ellas, paro ilegal, suspensión del contrato de trabajo, durante el paro, cobro en parte de lo no debido, pago en parte de lo que se reclama, falta de causa en parte de lo pedido, mala fe al cobrar por tiempo no trabajado, dolo, prescripción e inidoneidad para servir al cargo, y contestó los hechos así:

"Al 1º. Cierto que prestó algunos servicios como profesor de cátedra, en algunas Facultades de la Universidad. En Contaduría desde enero 24 de 1972. Presentó a dicha Facultad una renuncia.

"Al 2º. Que lo pruebe.

"Al 3º. Es parcialmente cierto, hasta donde van mis informes. En Contaduría tuvo cátedras de 5 horas semanales en el primer semestre de 1972. De Matemáticas III en el segundo semestre del mismo año. En el segundo de 1973, tuvo cátedras de Matemáticas IV y de Algebra Lineal. En el primer semestre de 1975 Estadística II y Algebra. En Ingeniería, en el segundo semestre de 1974, Química II, y en el primer semestre de 1975, en parte, Química I. Estas en tal Facultad eran de 4 horas semanales. De estas cátedras, en esta última Facultad, se retiró intempestivamente. Abandonó la cátedra. Formó parte del llamado Comité Conjunto, que decretó un paro de actividades, y no volvió, con perjuicio para la Universidad y de los estudiantes. De dicha Facultad de Ingeniería sólo él y otro profesor pararon y abandonaron sus cátedras.

"Al 4º. Que lo pruebe. No me consta que fuera de las horas de clase, hiciera otros trabajos para la Universidad. Las funciones en el Consejo de Facultad, son ad honoren.

"Al 5º Me atengo a lo que resulte de la prueba. Como profesor, devengaba por hora cátedra. Que prueba su asistencia, y se hagan las cuentas de lo que debió devengar. Si se le pagó mal o se le pagó demás.

"Al 6º. Que lo pruebe. Y que pruebe que quien firmó el contrato fuera el representante legal de la Universidad. Si había partida presupuestal para tal pago. Es decir, si se obró conforme a los Estatutos de la Universidad.

"7º. Cuando se decreta un paro, hay suspensión de los contratos de trabajo. Eso dice la ley. La remuneración es contra prestación por trabajo. En ningún caso, por no trabajar. Si incumplió su contrato, la Universidad no tenía por qué cumplirle.

"Al 8º. Me atengo a la confesión que hace. Y nunca reclamó, que yo sepa.

"Al 9º. Que lo pruebe.

"Al 10. Apenas ahora, por lo que dice, tengo conocimiento de tal hecho. Nunca recibí, como Presidente de la Universidad,

ni como Director Ejecutivo de ella, carta alguna del demandante".

El **Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín**, en sentencia de 15 de junio de 1976, condenó a la Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana a pagar al actor $ 3.982.73 como reajuste de sueldo, $ 18.635.21 como reajuste de cesantía, $ 358.88 como reajuste de prima de servicios y el 50% de las costas. Absolvió a la entidad de las restantes peticiones y declaró parcialmente configurada la excepción de pago. Ambas partes apelaron de la sentencia.

El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, en fallo de 21 de octubre de 1976, condenó a la Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana —UNAULA— a pagar a Carlos Alvarez Vanegas $ 3.3982.73 por reajuste de sueldo, $ 10.935.96 como reajuste de cesantía, $ 1.167.33, como reajuste de prima de servicios y $ 495.00 como reajuste de vacaciones, declaró probada en parte la excepción de pago, absolvió de los cargos restantes y no condenó en las costas de la instancia. El apoderado del trabajador interpuso contra el fallo del **ad quem**, recurso de casación que fue concedido por el Tribunal y está admitido por la Corte.

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, se formula un cargo que se estudiará junto con el escrito de oposición.

Alcance de la Impugnación

Fue expresado así:

"Aspiro a que la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto sólo condenó a la demandada a pagar a mi procurado $ 10.935.96 por reajuste de cesantía, $ 1.167.33 por reajuste de prima de servicios y $ 495.00 por reajuste de vacaciones, y la absolvió de las indemnizaciones por terminación del contrato y por mora, para que, en su lugar, como **ad quem**, previa revocación del proveído de primera instancia, aumente aquellas condenas en las proporciones que legalmente correspondan y profiera las atinentes a estas indemnizaciones, proveyendo sobre costas como es de rigor".

El cargo

Fue presentado de la siguiente manera:

"Acuso el fallo impugnado de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 57, obligación 4ª, 62 y 63 (7º, literal B), numeral 8º, del Decreto 2351 de 1965), 64 (8º numerales 2º y 4º del Decreto 2351 de 1965), 127, 134, 186, 189 (14 del Decreto 2351 de 1965), 192 (8º del Decreto 617 de 1954), 249, 253 (17 del Decreto 2351 de 1965), 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Esta infracción se produjo a consecuencia de los siguientes errores evidentes de hecho en que incurrió el **ad quem**:

"1º) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que entre las partes hubo dos contratos de trabajo;

"2º) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que las vacaciones y las primas de servicios correspondientes al lapso laborado entre febrero de 1971 y diciembre de 1973 fueron solucionadas por la demandada;

"3º) No haber dado por demostrado, estándolo, que mi procurado tuvo razón para finalizar el contrato que lo ataba con la demandada por el incumplimiento grave, en que éste incurrió, de su obligación de pagarle el salario; y

"4º) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la demandada procedió de buena fe al dejar de pagarle a mi asistido los salarios y prestaciones en la cuantía a que legalmente se hizo acreedor.

"Tales errores, a su vez, provinieron de su equivocada apreciación de la contestación de la demanda (folios 17 a 19), de los documentos de folios 1, 2, 4, 5 (reproducido al folio 37), 6, 7 (reproducido al folio 36), 8 reproducido al folio 39), 9 a 10 y 11, de la inspección judicial de folios 47 a 48 vto., con los documentos anexos a ella, especialmente a los de folios 42 a 43, 44 a 46, 50 a 51 y 52 a 61, y de las declaraciones de Fabio Alonso Ceballos (folios 22 y 22 vto.) y Ovidio Moreno Gómez (folios 22 vto., a 23 vto.): así como de su falta de apreciación del documento de folio 3 y del testimonio

de Juvenal Herrera (folios 25 a 26), en relación con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890".

En la demostración del cargo, el recurrente asevera que la contestación de la demanda admite la vinculación mediante un solo contrato, las pruebas de los folios 2, 3, y 44 a 45 indica la existencia de una vinculación continua, y las declaraciones de Fabio Alonso Ceballos, Ovidio Moreno Gómez y Juvenal Herrera también confirman esa continuidad.

Analiza el impugnador la comunicación de folios 42 y 43 para encontrar que corresponde al contrato del folio 1, por lo cual éste resulta una mera modificación y no un contrato nuevo, y advierte que el acta visible a folios 50 y 51 contiene la intención de anular esas condiciones favorables a los profesores, pero sin facultades para hacerlo.

El atacante alega que no puede tomarse de la liquidación del folio 7, base para encontrar la existencia de dos contratos, porque esa liquidación no se refiere a todo el tiempo trabajado con anterioridad al 31 de diciembre de 1974, fecha en que se hizo la liquidación, y concluye que debe tenerse la vinculación como una sola y liquidar la cesantía a razón de $ 5.000.00 mensuales y tomar todo el tiempo servido.

El acusador indica que no existe prueba alguna que demuestre pago de vacaciones y primas de servicios causadas entre el 7 de febrero de 1971 y el 31 de diciembre de 1973, por lo cual no tiene fundamento entender que esos conceptos hubieran sido cubiertos.

Respecto a la indemnización por terminación del contrato, el censor observa que el sentenciador acepta que no hubo pago de salario en la forma estipulada y que ello fue motivo para la terminación, a pesar de lo cual el fallador exonera de la indemnización por despido, aduciendo una difícil situación económica que no aparece en el expediente y menos con las características de imprevista y de irresistible que exige la fuerza mayor, de donde resulta la patente procedencia de la indemnización.

Por último el recurrente advierte que tanto si se estima que hubo dos contratos, como si se aprecia que hubo uno solo, resultan deudas laborales a cargo del patrono, que no fueron solucionadas oportunamente, sin que se hubiera acreditado razón alguna para el no pago, y surge claramente la procedencia de la indemnización moratoria.

El opositor sostiene que hubo dos contratos por las razones que expone el sentenciador y que no existe confesión de que el contrato fue único ni ello se deduce de las demás pruebas, por lo que la censura sólo contiene un punto de vista personal que no puede preferirse al del Tribunal.

En el escrito de réplica se advierte que la difícil situación económica que atravesó la Universidad fue debidamente demostrada y que además de constituir fuerza mayor para el no pago oportuno de las remuneraciones, el sentenciador absolvió de la indemnización por terminación del contrato, con fundamento en la buena fe patronal, que no fue desvirtuada por el recurrente.

El opositor manifiesta que la demandada sostuvo desde un principio la existencia de dos contratos de trabajo, la ocurrencia de la huelga ilegal, la falta de causa de la remuneración durante el paro y los grandes esfuerzos de la Universidad para realizar los pagos, todo lo cual demuestra la buena fe de la demandada, que al no ser desvituada mediante errores evidentes, conduce a la confirmación de la sentencia impugnada.

Se considera

En la sentencia acusada se lee:
"Mas la Sala no comparte el criterio del juzgado en cuanto a que la relación laboral haya estado regida por un solo contrato, pues aunque no hubo solución de continuidad, lo pactado entre los litigantes en el documento de folios 1, no puede entenderse como una modificación del contrato de trabajo existente, según se puntualiza en el fallo que se revisa, sino más bien como una nueva contratación y debe entenderse que esa fue la intención del Consejo de Dirección, a juzgar por la nota de folios 43 y 42 fechada el 6 de mayo de 1975. Por lo demás, ni en el modelo dado ni en el dicho contrato se hace constar por parte alguna que se trate de una modificación o reforma, lo que resulta claro es que se trata de uno nuevo".

Aunque el sentenciador admite el servicio continuo, deduce la celebración de nuevo contrato conforme al escrito del folio , para lo cual se apoya en la nota de folios 42 y 43, donde encuentra la intención del Consejo de Dirección de celebrar nuevo contrato. Pero la prueba señalada no contiene de manera alguna terminación de los contratos de trabajo existentes, pues se refiere a la aprobación de un modelo de contrato de trabajo con los profesores de la Universidad, que contiene cláusulas normales y que no implican cambio en ningún contrato de profesorado, salvo la estipulación de la duración indefinida en vez de la presunción que en relación con tales trabajadores consagra el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la duración.

Deducir de la prueba mencionada la existencia de dos contratos es apreciar indebidamente ese medio probatorio, pues evidentemente en él no se cambia la relación jurídica laboral anterior, ya que las modificaciones sobre la duración o sobre el salario no pueden constituir un contrato nuevo sino una modificación del existente.

En la contestación de la demanda no se plantea ninguna interrupción de la relación laboral, ni se alega la existencia de los contratos las pruebas sobre tiempo servido, folios 2, 3, 4, 6, 44 a 46, acreditan la relación laboral continua. La presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo aplicada al presente caso, indica que el contrato de trabajo fue continuo, porque las modificaciones al salario, a la duración o a las condiciones del trabajo no cambian la relación laboral ni el vínculo jurídico, pues no se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra.

Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica. Ha dicho la Corte:

"Tampoco desconoce la Sala la posibilidad de que, en algunos casos, la parte patronal, independientemente o en connivencia con los mismos trabajadores, pueda recurrir al sistema de celebrar contratos de trabajo que se dan por terminados luego de un tiempo, aduciéndose motivos sólo en apariencia legales, para volver a celebrar otros, que se ejecutan sucesivamente y sin interrupción, todo con el propósito de vulnerar derechos de los trabajadores o de aludir trámites, condiciones o requisitos exigidos por preceptos legales de ineludibles cumplimiento". (Gaceta Judicial T. XCIX, página 553)".

La indebida apreciación de las pruebas señaladas en el cargo, condujo al evidente error de hecho de considerar que existieron dos contratos de trabajo sin estar demostrado ese hecho y siendo evidente que solamente hubo una relación laboral y un solo vínculo jurídico.

Ese error de hecho produjo la aplicación indebida de los artículos 24 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965, por cuanto el cálculo de la cesantía se hizo por períodos y no por todo el tiempo trabajado, y habrá de casarse el ordenamiento respectivo para corregir la aplicación de la ley.

En las consideraciones de instancia se toma en cuenta al tiempo servido que fue de cuatro años, cuatro meses y seis días, y el último salario que fue de $ 5.000.00 mensuales, lo que daría una cesantía de $ 21.750.00, cantidad a la cual es necesario restar el valor de $1.905.00 pagados a la terminación del contrato, y queda un saldo de $ 19.845.00, al que habrá de condenarse. No se descuenta el valor del pago de cesantía efectuado a principios de 1975, folios 34 y 36, porque no habiéndose terminado el contrato ni demostrado el permiso para liquidación parcial de cesantía, no es válido ese pago.

En cuanto a las vacaciones correspondientes a los años 1971 a 1973, el hecho del pago de las correspondientes a 1974, que está demostrado en el juicio, folios 34 y 36, indica que si se otorgaron las correspondientes a ese año, lógicamente se puede pensar que fueron concedidas las de los años anteriores, sin que resulte evidente error el inferir de ese hecho los cumplimientos anteriores, porque lo anormal sería que se dieran las vacaciones de los últimos años sin otorgar las de los anteriores.

Es conveniente recordar que el fallo acusado no tiene como demostrado el pago de las vacaciones y primas correspondientes a los años 1971 a 1973, sino que infiere el cumplimiento de las obligaciones, de donde resulta que el error propuesto no fue cometido en la forma, en que se presenta y respecto a la inferencia debe advertirse que no siendo evidentemente errónea no puede constituir fundamento de la acusación por la vía indirecta, ya que la duda sobre la apreciación probatoria impide el quebrantamiento por error de hecho.

Por lo que hace a las primas de servicios, se observa que aun en el caso de que se hubiera incurrido en error de hecho al no condenar por las de los años 1971 a 1973, no procedería el quebrantamiento del fallo en ese aspecto, porque no existiendo prueba del salario devengado en esos años, no se puede producir la condenación solicitada.

Dentro del error que el recurrente presenta con relación a la terminación del contrato, se afirma que hubo incumplimiento grave de la obligación de pagar el salario.

El sentenciador consideró que no se había suspendido el pago de salarios, sino que había sido "un tanto irregular", y explicó el hecho con base en la situación económica de la Universidad.

Aunque no se hubiera demostrado que la situación económica de la Universidad era difícil o que ella constituyera fuerza mayor, lo dispuesto en la sentencia sobre la terminación del contrato, se mantiene el hecho de que no hubo suspensión de pago de salarios sino irregularidades en él, por lo que no se configuró la sistemática inejecución de obligaciones ni fue grave el incumplimiento alegado.

Los documentos de los folios 28, 30 y 32 demuestran pagos y anticipo de salarios en los meses de febrero, marzo y mayo de 1975, con lo cual se establece que la razón alegada en la renuncia, incumplimiento de la obligación de pagar el salario, no se produjo ni de manera sistemática ni en la forma grave como fue propuesto en el cargo, ya que si tuvo anticipos en los meses de febrero y marzo, el pago confesado en el hecho 7 de la demanda, en abril, y el pago demostrado en mayo del mismo año de 1975, la razón de la falta de pago había desaparecido por lo menos en parte, y tendía a regularizarse el cumplimiento, lo que hace que no sea evidente el hecho alegado para solicitar la indemnización. Por ello no prospera este aspecto de la acusación.

Sobre la absolución por la indemnización moratoria, dijo el fallador:

"En cuanto a la indemnización moratoria reclamada, es igualmente improcedente, pues como se anota en el fallo, la Universidad cumplió con el mandato del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al pagarle tan pronto como terminó cada contrato laboral de los que rigieron su relación, lo que de buena fe creyó deber al demandante. (fls. 7, 8, 38 y 39)".

La indemnización por falta de pago que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, procede cuando a la terminación del contrato se omite la solución de los salarios y prestaciones debidos. La jurisprudencia ha entendido que el patrono queda exonerado de la indemnización si presenta razones atendibles para explicar la falta de pago completo y oportuno de las deudas laborales.

En el presente caso no se cubrieron todos los salarios y prestaciones debidos, como resulta de las mismas condenaciones de la sentencia, y el patrono dejó de presentar razones para explicar los pagos incompletos o los motivos que tuviera para pensar que no debía cantidades mayores de las solucionadas.

La apreciación de la contestación de la demanda y de los documentos que muestran las liquidaciones de prestaciones y salarios, llevan a la conclusión de que no se demostró la buena fe que resulta de presentar los motivos que indujeron al no pago oportuno de lo debido.

Resulta cometido el cuarto error de hecho y violado por aplicación indebida el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual también debe casarse la sentencia acusada en cuanto absolvió de la indemnización por mora.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE el fallo de veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y seis, dictado por el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Carlos Alvarez Vanegas contra la Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana, en cuanto condenó a cesantía y absolvió por indemnización moratoria, y obrando como Tribunal de instancia, MODIFICA el literal b) del numeral primero y el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de quince de junio de mil novecientos setenta y seis, dictada en el mismo juicio, por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto por el primero condena al pago de cesantía y por el segundo absuelve de la indemnización por falta de pago, y en su lugar, CONDENA a la Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana a pagar a Carlos Alvarez Vanegas diez y nueve mil ochocientos cuarenta y cinco pesos ($ 19.845.00) por concepto de reajuste de cesantía, y ciento sesenta y seis pesos con sesenta y cinco centavos ($ 166.65) diarios desde el trece de junio de mil novecientos setenta y cinco y hasta que cancele los salarios y prestaciones debidas, como indemnización por falta de pago.

NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO

(Debe constar por escrito el acuerdo de voluntades de las partes contratantes Su duración no puede ser inferior a un año ni superior a tres, salvo las ex cepciones contempladas en el numeral 2º del artículo 4º del Decreto Le 2351 de 1965).

DESPIDO INJUSTO E ILEGAL
PRIMA DE SERVICIOS

INDEMNIZACION Y PENSION DE JUBILACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre doce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

(Radicación número 5149).

(Acta número 33).

Luciano Montoya Duque, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la C. C. Nº 135.152 expedida en la misma ciudad, demandó por medido de apoderado a la Universidad "La Gran Colombia", para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, y para que se condene a la demandada a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, $ 2.355.00 por concepto de exámenes practicados en la Facultad de Derecho en el año 1972, indemnización moratoria, pensión de jubilación por haber sido despedido sin justa causa después de haber servido durante más de diez años y las costas del juicio.

El demandante —dicen los hechos del libelo—, prestó sus servicios a la Universidad "La Gran Colombia" como profesor de Derecho Civil, desde febrero de 196 hasta finalizar el año de 1972, en form continua e ininterrumpida; que dicho cor trato fue adicionado a partir del 5 de sep tiembre de 1969 con las funciones de Secre tario General de la Universidad, las qu desempeñó hasta el 31 de julio de 197 cuando fue terminado unilateralmente d modo ilegal, "pues se invocó la terminació de un período fijo que no se estipuló en contrato". Agrega que la Universidad n tomó el tiempo de servicio en forma cont nua e ininterrumpida, sino que estimó c da uno de los años servidos por el actor e su condición de profesor como un contrat diferente, no obstante lo cual aceptó la co tinuidad del vínculo laboral como se d duce de la circunstancia de no haber l quidado anualmente el auxilio de cesantí que en la fecha del despido el demanda te tenía un salario fijo de $ 10.000.00 y u salario variable de $ 3.050.35; y que s embargo, la Corporación no se ciñó al a tículos 17 del Decreto 2351 de 1965. Afirm luego que el guarismo indicado en última $ 3.050.35, fue recibido de manera hab tual y permanente, y que la Conciliatu de la Universidad, mediante Resolución mayo de 1972, determinó que los gastos relaciones públicas se tuvieran en cuen como factor de salario para posteriores quidaciones de las prestaciones sociale

Que las primas de servicio no se establecieron correctamente, con base en todos los factores que constituyen salario; y que se le adeuda la suma de $ 2.355.00 por concepto de exámenes practicados en la Facultad de Derecho, no pagados por la Universidad bajo el pretexto de haberlos recibido en donación. Sostiene también que tiene derecho a una pensión sanción de jubilación cuando cumpla sesenta años de edad, por haber sido despedido sin justa causa, y que había reclamado los derechos consignados en la demanda, con resultados negativos.

En el escrito de contestación a la demanda el apoderado de la Universidad "La Gran Colombia" se opuso a que se accediera a las declaraciones y condenas del libelo inicial, negó la totalidad de los hechos y propuso estas excepciones: inexistencia de las obligaciones, compensación y prescripción. Alegó, además, que entre las partes hubo dos relaciones laborales, una como profesor, regida por los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo, y otra como empleado administrativo en las funciones de Secretario General de la Universidad, cuya duración estuvo determinada por los estatutos para un período de dos años y que el actor aceptó cuando se le hizo el nombramiento; de esta argumentación deduce la improcedencia de acumular el tiempo de servicio de una y otra relación laboral, y dice que la Corporación liquidó en exceso las prestaciones del actor, que no hubo terminación ilegal del contrato de trabajo sino cumplimiento de un evento previsto por las partes, habiendo mediado el hecho de que el demandante dejara en libertad a la Conciliatura para que escogiera su reemplazo.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 14 de octubre de 1974, condenó a la demandada a pagar al actor, al tercer día hábil siguiente al de la ejecutoria de esa providencia, $ 12.465.64 por concepto de reliquidación de cesantía, absolvió de las restantes pretensiones de la demanda, declaró no probadas las excepciones e impuso a la demandada la obligación de pagar el 20% de las costas del proceso.

Apelada esa providencia por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sententencia de 7 de marzo de 1975, condenó a la Universidad al pago de $ 29.363.27 por concepto de primas de servicio, $ 146.886.30 por indemnización por despido, $ 5.138.55 mensuales por concepto de pensión sanción a partir del día en que el actor cumpla sesenta años de edad, confirmó en lo demás el fallo del a quo y se abstuvo de proferir condena en las costas de la segunda instancia.

Tanto el apoderado de la Universidad "La Gran Colombia" como el del demandante interpusieron recurso de casación contra dicha providencia. El de este último desistió del recurso, por lo cual procede al examen del que propusiera la Corporación demandada, que concedió el Tribunal y admitió la Corte. Para el fin indicado se tendrá en cuenta la demanda sustentatoria y el escrito de réplica del opositor.

El recurso

El alcance de la impugnación lo determina el recurrente así:

"Pretendo que se case parcialmente la sentencia recurrida que condenó a la Universidad 'La Gran Colombia' por primas de servicios, indemnización por despido y la pensión proporcional y que la Honorable Corte en sede de instancia confirme la proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 14 de octubre de 1974, mediante la cual absolvió por estos conceptos a la Corporación demandada, con la consiguiente condena en costas. Tal es el alcance de la impugnación".

En procura de su finalidad el recurrente formula un solo cargo, con fundamento en la causal primera de casación.

El cargo

Se enuncia de este modo:

"Violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 4º y 8º del Decreto Ley 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, y 306 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 6º del Decreto Ley 2351 de 1965, 8º de la Ley 171 de 1961 1º 14, 18, 19, 21 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, 60 y 61 del Código de Procedimiento Laboral, 177 y 252, numeral 1º del

Código de Procedimiento Civil, a consecuencia de errores de hecho por errónea apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras, con deterioro del patrimonio de la Universidad".

Los errores de hecho de que se acusa la sentencia impugnada, son éstos:

"a) Dar por establecido, sin estarlo, contra todas las evidencias procesales, que el nexo contractual que se inició el 5 de septiembre de 1969 entre el doctor Luciano Montoya Duque como Secretario General Interino de la Universidad 'La Gran Colombia', no fue modificado en su ejecución para un período de dos (2) años conforme a los Estatutos de la Corporación y que como consecuencia, 'debe concluirse que la terminación del contrato se hizo en forma unilateral e injusta y por ello la entidad demandada debe ser condenada al pago de la indemnización contemplada en el Decreto 2351 de 1965, artículo 8º, numeral d) que con un tiempo de servicio de diez años y seis meses, será por la cantidad de $ 146.886.30' y además a la pensión sanción en cuantía de $ 5.138.55 exigible cuando el beneficiario cumpla 60 años de edad;

"b) No dar por probado, estándolo, que el doctor Luciano Montoya Duque fue designado el 5 de septiembre de 1969 por el rector doctor Jesús María Arias, Secretario Interino de la Universidad 'La Gran Colombia' y que la Conciliatura en sesión celebrada el 29 de julio de 1970 lo nombró 'para un período de dos años, de acuerdo con el artículo 39 de los Estatutos', designación que fue aceptada por Montoya Duque al desempeñar sus funciones durante este plazo;

"c) No dar por probado, estándolo, contra todo lo que evidencian las pruebas del juicio, que el doctor Luciano Montoya Duque en la sesión celebrada el 25 de julio de 1972 (Acta número 031), una vez presentada la correspondiente terna para la elección de Secretario General, manifestó paladinamente que 'dejaba a la Honorable Conciliatura, en plena libertad para elegir, y dejó constancia de la lealtad y consagración como sirvió el cargo, así en las épocas de dificultades como en las de tranquilidad' y que en el mismo acto resultó electo el doctor Abelardo Rivera Llano, lo que hace imposible la configuración del despido injusto e ilegal, como lo proclama en su dudimentaria lógica el Tribunal sentenciador, a fin de imponerle a la Corporación las condenas por lucro cesante y pensión sanción, con desconocimiento ostensible de los artículos 8º del Decreto Ley 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961;

"d) Dar por establecido, sin estarlo, que el doctor Luciano Montoya Duque durante los años de 1969, 1970 y 1971, devengó un sueldo promedio de $ 13.060.35 moneda corriente, factor salarial que tuvo en cuenta el fallo acusado para reconocerle al actor las primas de servicios en este lapso, con quebranto del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo;

"e) No dar por existente, estándolo, que el demandante no probó en la secuela del juicio como era su deber procesal los sueldos que devengó durante los semestres calendarios correspondientes a los años de 1969, 1970, 1971 y 1972, presupuesto fáctico necesario para decretar las primas de servicios, con violación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil".

El recurrente señala como pruebas mal apreciadas los documentos de folios 61 a 63, 64, 65, 81, 31 a 47, 48 a 51, 83, 56 a 57 y la inspección ocular; y como pruebas no apreciadas, los documentos de folios 52 a 55, 82 y la demanda incoatoria de este proceso.

El casacionista expresa, en el desarrollo de la acusación, que de acuerdo con las pruebas singularizadas en el cargo, el demandante se vinculó a la Universidad como profesor de la Facultad de Derecho, desde el mes de mayo de 1962 hasta el 30 de julio de 1972, fecha en que terminó su contratación por expiración del plazo fijo de dos años estipulados en los estatutos de la Corporación, y que teniendo presente la declaración del actor de dejar a la Conciliatura en libertad de escoger Secretario General, como aquel hecho estaba previsto en el artículo 6º ordinales b) y c) del Decreto 2351 de 1965, el contrato había terminado legalmente. Desde este aspecto censura la conclusión del Tribunal, que consideró injusta e ilegal la terminación de la relación laboral, contrariando, de esa suerte, la evidencia probatoria.

Critica igualmente el recurrente la apreciación probatoria que hiciera el ad quem, la que lo llevó a condenar a la Universidad

al pago de las primas de servicio causadas en 1969, 1970 y 1971, por no haber demostrado el demandante los sueldos devengados en ese espacio de tiempo, con lo cual se quebrantó el ordenamiento del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 177 del Código de Procedimiento Civil.

Por último, el recurrente expresa, que a través de los errores de hecho anotados por él, llegó el sentenciador a condenar a la Universidad al pago de la indemnización, pensión sanción y las primas de servicio, incurriendo así en aplicación indebida de las normas indicadas en el cargo.

Para sustentar su posición en el recurso el opositor, después de resumir el cargo y de transcribir uno de los apartes de la sentencia impugnada, anota que de autos resulta que el demandante ingresó al servicio de la Universidad en el año de 1962 como profesor de cátedra, sin que aparezca prueba alguna sobre estipulación de un plazo de duración del contrato, por lo cual, observa, debe considerarse celebrado a término indefinido, "máxime si se tiene en cuenta que la demandada no liquidó anualmente prestaciones sociales al demandante, y la continuidad aparece reconocida en la misma planilla de folios 56 y 57, contra lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del Código de Trabajo". En apoyo de la argumentación precedente alude al documento del folio 81, que contiene la comunicación del nombramiento hecho al actor como Secretario General de la Corporación demandada, y expresa que en dicho escrito no se señala período alguno.

Se refiere luego el opositor al documento de folios 48 a 51 —en el que se inserta el acta número 39 de julio de 1970 de la Conciliatura de la Universidad y en la cual se trata del nombramiento de Luciano Montoya como Secretario General para un período de dos años—, para destacar que ya desde el 5 de septiembre de 1969 el nexo laboral entre las partes contratantes se había acordado a término indefinido, y para manifestar, de otro lado, que el valor de dicha acta es simplemente académico, pero no laboral, en razón de no estar comprobado que el demandante hubiera aceptado la modificación del vínculo contractual.

Alude enseguida el opositor a los estatutos de la Corporación que a su juicio constituyen una reglamentación interna que no alcanza a modificar los términos de duración de los contratos de trabajo señalados en la ley, salvo aceptación expresa del trabajador. Y dice que esa fue la interpretación a que se ciñó el Tribunal, anotando de paso, que los estatutos que obran en autos no fueron autenticados por el Ministerio de Justicia ni se tiene noticia de si se les sometió a la aprobación oficial correspondiente.

En concepto del opositor, cuando concluyó la relación laboral de la Universidad no expresó el motivo de esa determinación, sino que le manifestó al demandante que había sido reemplazado por el doctor Abelardo Rivera, en tanto que en el documento en el cual se verificó la liquidación de prestaciones, se consigna que el contrato finalizó por terminación del período.

Observa al respecto, que ni hubo estipulación de un plazo determinado de duración del nexo laboral, ni se puso en conocimiento del trabajador la decisión de terminar el contrato con treinta días de anticipación, de manera que el contrato habría de prorrogarse por un año en el supuesto de que se le considerara celebrado a término fijo.

Censura la parte opositora que la demanda de casación se hubiese sostenido, indistintamente, que el contrato terminó, bien por expiración del plazo pactado, o bien por mutuo consentimiento, y expresa que tampoco es cierta la hipótesis del retiro voluntario del actor, como lo alega el recurrente con fundamento en el acta número 31 de julio de 1972. Respecto de este documento, visible a folios 52 a 55, observa que no tiene el carácter de auténtico, y que aún salvando esta deficiencia probatoria, habría que concluir que en la mencionada acta el demandante no expresó su voluntad de renunciar al cargo de Secretario General.

El opositor se refiere, finalmente, a la materia relativa a primas de servicio. Argumenta, en primer término, la comisión en el cargo de un defecto de orden técnico, pues considera que la demanda si fue apreciada por el sentenciador, tanto, que aparece transcrita en el fallo, mientras que

el censor acusa su falta de apreciación. De otra parte, señala que de acuerdo con los documentos de folios 23 a 25, 70 a 75, 56 a 57, y con la inspección ocular, se establece que durante los años 1969 a 1971 el demandante devengaba un sueldo mensual de $ 10.000.00 y $ 3.050.00 por concepto de relaciones públicas, mediando la circunstancia de que la Conciliatura de la Universidad reconoció el carácter de salario de esa última cantidad para efecto de incluirla en la liquidación de prestaciones sociales.

Se considera

Dice el recurrente, al señalar el primer error de hecho, que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que el nexo contractual que se inició entre las partes el 5 de septiembre de 1969 no fue modificado en su ejecución para un período de dos años. Asimismo, indica, al proponer el segundo yerro fáctico, que el sentenciador no dio por probado, estándolo, que el 5 de septiembre de 1969 la Universidad designó al demandante Secretario General interino de la Corporación, y que el 29 de julio de 1970 lo nombró para un período de dos años, de acuerdo con el artículo 39 de sus estatutos, designación que fue aceptada por Montoya Duque al desempeñar las funciones del cargo mencionado durante el plazo ya dicho.

Al respecto, en la parte motiva de la sentencia de segundo grado, el ad quem reconoce que el contrato no se celebró a término fijo, como se desprende de los pasajes que enseguida se transcriben:

"A folio 83 del proceso aparece la comunicación de fecha 26 de julio de 1972, por medio de la cual se le hace saber al demandante que la Conciliatura designó para reemplazarlo al doctor Abelardo Rivera Llano, por expiración de su período.

"A folio 48 existe el Acta por medio de la cual se eligió al doctor Montoya para el cargo de Secretario por un período de dos años. Esta tiene fecha de 26 de julio de 1970 y es la ratificación de la designación que como interino le habían hecho, tal como aparece en la comunicación de fecha septiembre 5 de 1969, que a la letra dice: 'Señor Doctor Don Luciano Montoya Duque ... E.S.M..... Me complace transcribirle la Resolución Nº 1 de esta fecha, en la seguridad de que Ud., como siempre, siga prestando sus servicios urgentes a esta Universidad...' Resolución Nº 1, septiembre 5 de 1959. El Rector encargado de la Universidad La Gran Colombia en atención a que el doctor EMIGDIO RINCON GOMEZ, a pesar de cordiales requerimientos desde hace ocho (8) días, para que se presentara a cumplir sus funciones de Secretario General de la Universidad y no ha querido hacerlo, abandonando su cargo ... RESUELVE: .... Desígnase Secretario interino de la Universidad 'La Gran Colombia' al doctor LUCIANO MONTOYA DUQUE. ... Comuníquese y cúmplase. Jesús María Arias. Rector Encargado. .... De usted atto. amigo y S.S..... (fdo.) Jesús María Arias, Rector Encargado'.

"Aunque si bien es cierto que en los Estatutos de la Universidad, se encuentra consignado que el periodo de secretario es por el término de dos años, no debe desconocerse que el Decreto 2351 de 1965, en su artículo 4º modificó el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dice que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser inferior a un (1) año, ni superior a tres (3), pero es renovable indefinidamente. Lo cierto es que dentro del proceso no aparece que las partes, al haberse dictado la mencionada resolución de nombramiento, hubiesen suscrito, contrato alguno por el término de la misma, y de la comunicación relacionada anteriormente para el nombramiento en interinidad, no puede deducirse que le hubiesen señalado un plazo, para ella o para la designación en propiedad. 'Por tanto, debe concluirse que la terminación del contrato se hizo en forma unilateral e injusta y por ello la Entidad demandada deberá ser condenada de la indemnización contemplada en el Decreto 2351 de 1965, artículo 8º, numeral d) que con un tiempo de servicio de 10 años y 6 meses, será por la cantidad de $ 146.886.30. Así constará en la parte resolutiva de esta providencia, revocándose la decisión del Juez de primera instancia;"

El numeral 1º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, dispone: "El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser in-

ferior a un (1) año, ni superior a tres (3), pero es renovable indefinidamente".

En consecuencia, para que el contrato de trabajo se entienda celebrado a término fijo es necesario, según lo dispuesto en el ordenamiento legal transcrito, que conste por escrito el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, y que en él se estipule su duración, caso en el cual no puede ser inferior a un año ni superior a tres, salvo las excepciones contempladas en el numeral 2º del artículo 4º ya citado. Por lo tanto, la inobservancia de los requisitos anotados hace que la convención se estime celebrada a término indefinido. No es suficiente, entonces, que una sola de las partes manifieste a la otra, así sea a través de un medio documental, que el contrato tiene duración definida, porque se trataría de una declaración unilateral de voluntad en la cual faltaría el concurso del otro contratante, que debe expresarse por escrito, como requisito imprescindible requerido por el legislador. La voluntad tácita, deducible de la ejecución del contrato, tampoco suple la formalidad escrita, indispensable para que la relación laboral se entienda pactada a término fijo.

Ahora bién, la circunstancia de tener dispuesto los estatutos de la persona jurídica que un determinado cargo se desarrolle en un período determinado de tiempo, no modifica en manera alguna los efectos de la contratación laboral, como lo ha entendido la jurisprudencia. Así, en casación del 10 de agosto de 1970, dijo la Corte: "La estipulación del plazo de un contrato de trabajo la ha dejado el Código Sustantivo del Trabajo, a la voluntad de las partes al regular los efectos jurídico, tanto del que se convenga a término fijo, como del que se pacte por tiempo indefinido y si ambas modalidades son legales, mal puede sostenerse que es inválida la segunda por no avenirse con la norma estatutaria de una sociedad o empresa que fija período para el mandato de determinados cargos. Y si la celebración de un contrato laboral por tiempo menor del de mandato establecido en los estatutos implica violación de éstos, lo que podría haber sería una responsabilidad del representante de la entidad ante los correspondientes órganos superiores de la misma; pero en ningún caso nulidad de la respectiva cláusula contractual" (G. J. CXXXV, pág. 413).

La comunicación de 5 de septiembre de 1969, en la que se transcribe la resolución número uno de la misma fecha, emanada de la rectoría de la Universidad, sólo consigna la designación de Secretario General, que recayó en el demandante, pero no constituye la prueba de la celebración del contrato escrito que echó de menos el ad quem.

Los estatutos de la Corporación demandada, no obstante que aparecen suscritos por el actor, no pueden confundirse con el acuerdo de voluntades sobre estipulación de un lapso determinado y cierto.

El acta número 39 de julio 29 de 1970, visible a los folios 48 a 51, consigna el hecho de la elección del demandante "para un período de dos años, de acuerdo con el artículo 39 de los Estatutos"; sin embargo, en ella se expresa que con anterioridad a a esa elección el actor se retiró de la reunión cuando se comenzó a tratar sobre ese tema, de manera que no puede hablarse de la concurrencia de voluntades de las partes contratantes ni que a través del acta se hubiera reducido a escrito la estipulación de un término fijo; y está dicho que la aceptación tácita y posterior que se origina en la ejecución del contrato no tiene la virtud de suplir la formalidad exigida por el numeral 1º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965. Por consiguiente, el documento en examen no permite inferir la prueba del hecho afirmado por el recurrente.

Como los dos primeros errores de hecho que el casacionista señala no surgen de los documentos analizados, no es posible considerar que el contrato de trabajo hubiera pasado a ser a término fijo de dos años.

El tercer error de hecho que el acusador anota, consiste en no dar por demostrado, estándolo, que el actor dejó en libertad a la Consiliatura de la Corporación para que se eligiera su reemplazo, habiendo resultado electo el doctor Abelardo Rivera Llano, lo que hace imposible la configuración del despido injusto e ilegal. A propósito de este aspecto del cargo el recurrente alude el acta número 31 de la Conciliatu-

ra, en donde se consignan los términos de la reunión celebrada el 25 de julio de 1972, y de la cual se dice en la demanda que fue preterida por el Tribunal.

El documento en cuestión, visible a folios 52 a 55, dice en lo pertinente:

"III. PRESENTACION DE TERNA Y ELECCION DE SECRETARIO GENERAL.

"En este estado el señor Rector presenta a la consideración de la Conciliatura la terna de candidatos para la Secretaría General de la Universidad, terna que se integró con los nombres, en su orden, de los doctores:

"LUCIANO MONTOYA DUQUE

"ABELARDO RIVERA LLANO

"JOSE IGNACIO TALERO LOSADA

"Leída la terna el doctor MONTOYA DUQUE pidió la palabra para manifestar que dejaba a la Honorable Conciliatura, en plena libertad para elegir, y dejó constancia de la lealtad y consagración como sirvió el cargo, así en las épocas de dificultades, como en las de tranquilidad.

"Recalcó sus viejas vinculaciones el claustro como alumno, primero, más tarde, como egresado titulado, y últimamente como su profesor; dijo que cualquiera que fuera el resultado de la elección, se sentía vinculado a la universidad y rogó que excusaran cualquier deficiencia o error en que hubiese incurrido, agregando que ellos, de existir, obedecieron a cuestiones ajenas a su voluntad. Pidió permiso a la Conciliatura para retirarse y en adición a ello, el Conciliario doctor QUINTERO HERNANDEZ propuso el nombre del Consiliario ALBERTO DOMINGUEZ PARRA para reemplazar al doctor MONTOYA DUQUE en su ausencia, lo que fue aprobado por unanimidad".

La manifestación del demandante en la que expresa su voluntad de dejar a la Conciliatura en libertad de elegir, y la declaración que él hiciera de sentirse vinculado con la Universidad cualquiera fuera el resultado de la elección, no es posible entenderlas como renuncia del cargo o como terminación del contrato por mutuo consentimiento. El contenido de tales expresiones no autorizan esa conclusión, máxime si se tiene en cuenta que en otros elementos de juicio que obran en el proceso, y que provienen de la parte demandada, se habla de terminación del contrato por expiración del plazo, mas no de renuncia o acuerdo de las partes. Así, en la comunicación que el rector de la Universidad le dirigió al actor el 26 de julio de 1972, y en el documento que recoge la liquidación de las prestaciones sociales, que permiten interpretar y complementar lo dicho en el acta número 31 de la Conciliatura en el sentido de considerar que la Universidad demandada estimaba la terminación de la relación laboral como consecuencia de la culminación de un plazo supuestamente acordado entre las partes contratantes.

El examen de la prueba citada anteriormente no permite llegar a la demostración del tercer error de hecho de la demanda de casación, y en consecuencia, no resulta que el sentenciador hubiera transgredido las disposiciones legales cuya infracción se propone en el cargo. Por lo tanto, la acusación relativa a indemnización y a pensión de jubilación, no prospera.

Sigue entonces analizar el aspecto de la censura referente a la condena por primas de servicio. En la diligencia de inspección ocular se estableció que el demandante había devengado por concepto de gastos de representación y de relaciones públicas, estas cantidades: en el último semestre de 1969, $ 8.055.04; en el primer semestre de 1970, $ 12.500.00; en el segundo semestre de 1970, $ 12.500.00; en el primer semestre de 1971, $ 12.500.00; en el segundo semestre de 1971, $ 12.000.00; en el primer semestre de 1972, $ 18.302.10.

Fundado en el principio sobre carga de la prueba y en el ordenamiento del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, el recurrente asevera que el sentenciador erró al deducir la condena por primas de servicio de los años 1969, 1970 y 1971. El ad quem, en efecto, determinó el valor de esa prestación sobre la base númerica de $ 13.050.35, pero sólo declaró en favor del actor las causadas a partir del 15 de marzo de 1970, por haber encontrado prescritas las anteriores a esa fecha. No consideró el Tribunal, de acuerdo con la inspección ocular, las variaciones que tuvo el salario del demandante en el renglón de relaciones públicas, y que se registraron en el acta de la diligencia mencionada. Ahora bien, como en autos aparece demostrado que el

actor percibía un sueldo mensual de $ 10.000.00 como secretario general, según se desprende de los documentos de folios 70 a 72 y 56 a 57, el quantum de las primas de servicios equivaldrían a estas cantidades: año 1970, $ 12.683.33; año 1971, $ 12.083.33; primer semestre de 1972, $ 6.525.17; o sea un toal de $ 30.691.17.

El valor de la condena resultaría superior al estimado por el Tribunal y ello se debe a que el primer semestre de 1970 no alcanzaría a quedar cobijado por la prescripción, si se tiene presente que el auto admisorio de la demanda se notificó a la parte demandada el 15 de marzo de 1973, habiéndose causado el derecho a la prima de servicios de ese año el último día de junio, según lo dispuesto por el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, dentro del término prescriptivo de tres años. Resultaría entonces inútil casar la sentencia recurrida en el aspecto examinado, pues la Corte, en sede de instancia, llegaría igualmente a proferir la condena en cuestión.

Resta por anotar que la demanda incoatoria del proceso no contiene confesión alguna del demandante en el sentido expuesto por el censor, pues el haber omitido la indicación de las sumas devengadas en los semestres de 1969 a 1971 no implica aceptar que en esos períodos de tiempo el trabajador no hubiera recibido salario alguno.

Por todo lo dicho, 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 objeto del presente recurso, la proferida el siete (7) de marzo de mil novecientos setenta y cinco (1975), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Luciano Montoya Duque contra la Universidad "La Gran Colombia".

Costas a cargo de la parte recurrente demandada.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

CONTRATO DE CORRETAJE

(Falta de prueba)

Si se conviniese que la litis fue correctamente planteada y que desde un principio se ubicó dentro de la órbita del contrato de corretaje, sería obligada la conclusión de que la sentencia gravada viola, por aplicación indebida, los Arts. 1287 y 1288 del Código de Comercio, por haberlos aplicado a um caso no regulado por ellos, y, como consecuencia, por haberlos dejado de aplicar siendo imperativo hacerlo, los Artículos 1340 y 1341 de la misma obra

Mas, en tal evento, a pesar de que la acusación resultaría fundada, el cargo tampoco podría prosperar, pues al hacer la Corte las correspondientes consideraciones de instancia, con examen del material probatorio aportado a los autos, llegaría a la conclusión de que no fueron acreditadas las circunstancias de hecho en que reposa la pretensión del demandante

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta número 34).

Alberto Hernando Montaño, mayor de edad y vecino de Cali, demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada Inversiones El Gran Limonar, representada por Luis Horacio Gómez Escobar, y a éste personalmente, para que, mediante el procedimiento establecido para el juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se les condenase a pagarle la cantidad de $ 729.741.30 por concepto de comisión de venta de los terrenos de que trata el contrato celebrado por medio de la Escritura Pública número 2260 de 10 de junio de 1974 de la Notaría Tercera de Cali; en subsidio, que dicha comisión sea tasada aplicando el 2% al precio de $ 36.487.065.09, o mediante dictamen pericial.

Según las voces del libelo, Montaño, quien se ocupa habitualmente como corredor o comisionista de negocios de propiedad raíz, visitó, en el mes de febrero de 1972 y en compañía del señor Marino Cucalón Fernández de Soto, al doctor Ezequiel Pinski con el fin de interesarlo en la negociación de unos terrenos de la firma "Hijos de Adolfo Bueno". A Pinski no le interesó la oferta, pero le solicitó, en cambio, que le buscara tierras en el sector sur de la ciudad. Después de cuatro meses volvió llevándole los planos de los terrenos de "El Gran Limonar" de propiedad de "Inversiones El Gran Limonar" o del señor Luis Horacio Gómez Escobar, indicándole que el precio era de $ 40.00 el metro cuadrado, y, a petición de aquél, le dejó los planos. Posteriormente, Pinski le encargó que le consiguiera una entrevista con Gómez. Concertada la entrevista, Montaño trasladó a Pinski a las oficinas de Gómez, y luego los tres, en el carro de este último,

se dirigieron al sitio en donde están ubicados los terrenos, los cuales fueron inspeccionados. Cumplido lo anterior, Montaño insistió ante Pinski la realización del negocio y éste le manifestó la necesidad de aplazarlo por tener otro compromiso con los herederos de Edmond Zaccour. Tiempo más tarde, por medio de la Escritura número 2260 de 10 de junio de 1974, la operación se llevó a cabo entre las sociedades "Financiera de Construcciones Pinski Limitada" (FINANCO) y "Financiera de Construcciones Pinski y Compañía S. C. A.", representada por el doctor Mario Vernaza, de un lado, e "Inversiones El Gran Limonar S. A.", representada por Luis Horacio Gómez Escobar, del otro, por la suma de $ 36.487.065.09. Montaño había obtenido que Gómez le facilitara los planos para llevárselos a Pinski, después de varias entrevistas y de convencerlo de que se trataba de un cliente con mucha solvencia económica. Gómez fijó el precio de $ 40.00 por metro cuadrado, pero advirtió que de los 470.000 metros cuadrados que tenía el terreno, se reservaba 10.000 metros cuadrados que aparecían demarcados en los planos por tener allí su casa de habitación. Igualmente se convino que el valor de la comisión sería el 2% del precio de la venta. Cuando Montaño supo que la transacción se había realizado, reclamó a Gómez Escobar la comisión, pero éste le contestó con evasivas y se la negó rotundamente.

Los demandados negaron los hechos fundamentales de la demanda y se opusieron a las pretensiones del actor. Afirmaron que, en el supuesto de que Montaño hubiera puesto en comunicación a Gómez y a Pinski, el negocio que se pensó celebrar entre esas personas naturales no se efectuó por inconvenientes del comprador y que desde ese momento el propietario de los terrenos quedó en libertad para negociarlo con otra persona natural o jurídica, y que, en todo caso, la operación se llevó a cabo entre personas jurídicas distintas y mucho tiempo después. Alegaron las excepciones de Carencia de Acción, Inexistencia de las Obligaciones Demandadas, Cobro de lo no Debido, Ilegitimidad de Personería en la parte demandada y Prescripción.

El **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali**, que fue el del conocimiento, desató la litis en sentencia de diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, condenado a Luis Horacio Gómez Escobar y a la sociedad "Inversiones El Gran Limonar S. A.", a pagar a Alberto Hernando Montaño la suma de $ 661.023.64 por concepto de comisión, y las costas del juicio.

Apelada esa decisión por el apoderado del actor, el **Tribunal Superior del Distrito judicial de Cali** la revocó, absolvió a los demandados y se abstuvo de hacer condenación en costas.

Contra la sentencia anterior, proferida el dieciocho de marzo de mil novecientos setenta y seis, ha interpuesto recurso de casación el apoderado de la parte demandante. Habiéndole sido concedido el recurso por el Tribunal y admitídolo esta Corporación, en donde se le ha tramitado en legal forma, se procede a resolverlo con examen de la respectiva demanda y del escrito del opositor.

La impugnación

Se desarrolla a través de dos cargos, formulados con fundamento en la causal primera de casación, y persigue que la Corte case totalmente la sentencia acusada y, en función de instancia, confirme la de primer grado.

Primer cargo

La sentencia viola, por infracción directa, los artículos 1340 y 1341 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1º del Decreto 456 y 1º del Decreto 931, ambos de 1956, a consecuencia de la aplicación indebida de los artículos 1262, 1263, 1264, 1288 y 1308 del Código citado.

El censor inicia la sustentación del ataque, transcribiendo el siguiente pasaje del fallo del **ad quem**: "La tan utilizada forma de prestación de servicios en la modalidad de corredor o comisionista consiste en la disposición o dedicación de un agente para obtener determinados resultados en favor de un **mandante**, tras la vinculación de un tercero y se configura a través de la sucesión unitaria de tres (3) episodios a saber: acercamiento de los presuntos contratantes o interesados, gestión positiva en el desarrollo de la negociación y participación

cierta en su culminación". A continuación advierte que la sentencia tiene como demostrado el primer episodio, mas no así los dos restantes, con lo cual, aparte de confundir al corredor con el comisionista, o, lo que es lo mismo, el corretaje con la comisión, figuras perfectamente diferenciadas por el Código de Comercio, al hacer referencia a esos tres episodios y a "un mandante" dio aplicación indebida a los artículos 1262, 1263, 1264, 1287, 1288 y 1308 de ese Código, que aluden a la comisión como una especie de mandato, y dejó de aplicar el 1340 y 1341 que regulan el corretaje, el cual no implica mandato. Para reforzar esa conclusión, reproduce otro razonamiento del fallador, así: "No se argumente que el servicio precario en una de las tres (3) etapas de la comisión, constituye base suficiente para causar los honorarios, pues, como es obvio, tal estimativo está prácticamente condicionado a la cristalización contractual del negocio y, como ha quedado expuesto, éste no alcanzó a llegar a feliz término con intervención de Montaño. La actividad del agente no puede quedar reducida al mero acercamiento de los interesados; debe proyectarse a través de las distintas implicaciones intermedias hasta la firma misma de la póliza. Sin eufemismos es ésta la situación que trasciende de los autos". En seguida, el recurrente asienta: "Pero si la argumentación del Tribunal es válida cuando se trata de comisión, no lo es, sin embargo, cuando se trata de corretaje, por cuanto en este último caso la actividad del corredor sí queda reducida prácticamente al acercamiento de los interesados".

Procede luego a analizar las normas del Código de Comercio relativas a la comisión y al corretaje, precisando, con apoyo en jurisprudencias de las Salas Civil y Laboral de la Corte, las diferencias entre las dos figuras. Finalmente, analiza los hechos básicos del litigio, los cuales afirma probados y aceptados plenamente por el Tribunal, para concluir que la situación resultante de ellos corresponde al corretaje y no a la comisión y reiterar la indebida aplicación de los preceptos que regulan ésta y la falta de aplicación de los que se refieren a aquél.

El opositor observa que la forma como fueron relatados o resumidos los hechos del litigio no se ciñe a la verdad procesal; critica el cargo desde el punto de vista de la técnica del recurso, por involucrar cuestiones fácticas en su desarrollo y por acusar la violación de normas que no tienen el carácter de sustanciales; y en cuanto al fondo del asunto, sostiene que el Tribunal no aplicó los artículos que se refieren a la comisión, pues no los invocó en ningún momento ni expresó en el fallo que el demandante se hubiera "obligado a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de los demandados, que es lo que caracteriza la figura del mandato comercial"; que es cuestión secundaria que hubiese señalado al actor como "comisionista", pues su razonamiento permite concluir que "en lo fundamental ubicó la controversia dentro del ámbito del contrato de corretaje para determinar si el demandante desempeñó o no los servicios de corredor o agente intermediario en la negociación". para absolver por no encontrar acreditados en el juicio los hechos que, conforme a las normas reguladoras del corretaje, darían lugar al reconocimiento del derecho reclamado por el actor. Se opone, en consecuencia, a la prosperidad de la acusación.

Consideraciones de la Sala

El cargo no exhibe los defectos de técnica que se le atribuyen, pues la disposiciones sustanciales que cita, integran, de modo completo, la proposición jurídica necesaria para el estudio de fondo. La inclusión de normas sobre procedimiento —que, por lo demás, fueron correctamente aplicadas— no afecta su adecuada formulación, ya que, si bien no tienen aquel carácter, es permitido —y a veces obligado hacerlas objeto del ataque, relacionándolas, como se hace en el caso que se contempla, con preceptos de naturaleza sustancial. Tampoco lo descalifica la circunstancia de que el impugnador— que ha edificado y desarrollado la censura sobre la base de que los presupuestos fácticos de la pretensión se hallan admitidos por el fallo y no se discuten— resuelva dedicar la parte final de la acusación a explicar la manera como esos hechos fueron de-

mostrados en el proceso. Se procede, por tanto, a estudiarlo.

En la demanda inicial no se invocaron fundamentos de derecho distintos de los Decretos 2158 de 1948 y 456 de 1956, los cuales se limitan a señalar la competencia y el trámite para la controversia .Y en la causa petendi de la misma se dio al demandante, indistintamente, la calidad de corredor y de comisionista, sin que aparezca expresada con claridad la naturaleza de las actividades por él desarrolladas o en cuál de aquellas dos condiciones actuó realmente. Esa confusa situación, sin duda, se reflejó en la sentencia, de tal manera que en varias partes de su texto se alude a las dos figuras como si fuera una sola y se habla de "la tan utilizada forma de prestación de servicios en la modalidad de corredor o comisionista". A tal grado se llevó la confusión a la mente del juzgador, que éste terminó por resolver la litis sin invocar texto legal alguna y sin precisar los fundamentos jurídicos de la decisión.

No obstante, se descubre en el fallo una mayor inclinación a enmarcar la controversia dentro del ámbito del contrato de "comisión", porque el estudio se adelanta más decididamente alrededor de la concurrencia o no concurrencia de los elementos o presupuestos fácticos que lo configuran. Así lo refleja el pasaje del fallo que exige la disposición o dedicación de un agente para obtener determinados resultados en favor de un mandante el cumplimiento de los siguientes episodios: acercamiento de los presuntos contratantes o interesados, gestión positiva en el desarrollo de la negociación y participación cierta en su culminación, y la conclusión última expresada con las siguientes palabras: "Queda, pues, claramente establecida la falta de continuidad del demandante en las actividades propias de su gestión como comisionista, pues si bien actuó para el contacto inicial, no las continuó en el desarrollo y culminación, quedando imperfecta, incompleta y desdibujada la comisión misma".

El corretaje, en cambio, no es una especie de comisión, ni se obra en él por cuenta de quien confiere el encargo, ni requiere la intervención del corredor en la celebración del acto jurídico final. El corredor actúa en su propio nombre, es un simple intermediario, y, si bien debe procurar a las partes el resultado de obtener la celebración del negocio, no tiene por qué participar en este acto. Las dos figuras, pues, sólo tienen en común la labor de acercamiento de las partes y la participación activa en el desarrollo de las negociaciones.

El sentenciador, como se dejó apuntado, por los planteamientos poco claros del litigio, entendió que los honorarios reclamados por el actor se hacían provenir de un contrato de comisión, y como no encontró que estuviesen demostrados los elementos propios de éste, revocó el pronunciamiento del Juzgado y absolvió a los demandados. Sobre la base de ese entendimiento no se podría concluir que las normas relativas a la comisión fueron indebidamente aplicadas. Por el contrario, si los términos de la demanda y la posición asumida por las partes en el curso del proceso —especialmente la del actor— le permitió deducir que la cuestión propuesta y discutida caía bajo sus regulaciones, la aplicación que de ellas hizo era la pertinente y, por lo mismo, correcta. Y, más atinada aún, si, sobre ese supuesto, absolvió a los demandados por no haber encontrado establecidos en el juicio los fundamentos de hecho que darían lugar al nacimiento del derecho pretendido.

Con todo, si se conviniese que la litis fue correctamente planteada y que desde un principio se ubicó dentro de la órbita del contrato de corretaje, sería obligada la conclusión de que la sentencia gravada viola, por aplicación indebida, los artículos 1287 y 1288 del Código de Comercio, por haberlos aplicado a un caso no regulado por ellos, y, como consecuencia, por haberlos dejado de aplicar siendo imperativo hacerlo, los artículos 1340 y 1341 de la misma obra.

Mas, en tal evento, a pesar de que la acusación resultaría fundada, el cargo tampoco podría prosperar, pues al hacer la Corte las correspondientes consideraciones de instancia, con examen del material probatorio aportado a los autos, llegaría a la conclusión de que no fueron acreditadas las circunstancias de hecho en que reposa la pretensión del demandante. El Tribunal echó de menos la demostración de que éste hubiese participado activa o eficazmente en el proceso de las negociaciones,

con análisis probatorio que la Sala comparte, y, además no surge de las pruebas que el contrato de compraventa celebrado entre las sociedades "Inversiones El Gran Limonar S. A.", como vendedora, y "Financiera de Construcciones Pinski Ltda. Cía. S. C. A." y "Financiera de Construcciones Pinski Ltda. Financo", en calidad de compradoras, se hubiera realizado como consecuencia de las actividades o gestiones como intermediario adelantadas por el actor.

El ataque , de consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

Con violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1262, 1263, 1264, 1287, 1288 y 308 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º del Decreto 931 de ese mismo año, infracciones que lo condujeron a dejar de aplicar los artículos 1340 y 1341 del Código citado, a consecuencia de evidentes errores de hecho provenientes de falta de estimación y de equivocada apreciación de pruebas.

Como pruebas no apreciadas señala la demanda y su contestación; la confesión contenida en el interrogatorio absuelto por Luis Horacio Gómez antes del proceso; el careo practicado entre éste y el demandante; y las copias simples de las Escrituras Públicas números 3956 de 25 de junio de 1971 (folios 32 y siguientes), 3552 de 5 de junio de 1974 (folios 38 y siguientes) y 2260 de 10 de junio de 1974; y como dejadas de apreciar, el mismo careo aludido (folios 112 y siguientes) y la declaración rendida por Ezequiel Pinski (folios 96 y siguientes).

Los errores de hecho fueron:

"Primero: Dar por demostrado, sin estarlo, que, debido al tiempo transcurrido entre la gestión inicial del señor Montaño y la negociación final de compraventa de 'El Gran Limonar' esta última no tuvo como causa la primera.

"Segundo: No dar por demostrado, estándolo, que, pese al tiempo transcurrido, la negociación final de compraventa de 'El Gran Limonar' tuvo como causa las gestiones iniciales efectuadas por el corredor, señor Alberto Hernando Montaño.

"Tercero: Dar por demostrado, no estándolo, que la negociación final de compraventa de 'El Gran Limonar' se celebró entre personas diferentes a las personas inicialmente relacionadas entre sí por el corredor, señor Alberto Hernando Montaño.

"Cuarto: No dar por demostrado, estándolo, que la negociación final de compraventa de 'El Gran Limonar' se celebró entre las mismas personas inicialmente relacionadas entre sí por el corredor, señor Alberto Hernando Montaño.

"Quinto: Dar por demostrado, sin estarlo, que la venta efectuada por el señor Luis Horacio Gómez Escobar a 'Inversiones El Gran Limonar S. A.', dio por terminado el corretaje del señor Alberto Hernando Montaño.

"Sexto: No dar por demostrado, estándolo, que la constitución de la sociedad compradora 'Financiera de Construcciones Pinski Limitada Compañía S. C. A.', cinco (5) días antes de la negociación final de compraventa de 'El Gran Limonar' incidió en el desconocimiento de la remuneración a que tenía derecho el corredor, señor Alberto Hernando Montaño.

"Séptimo: Dar por demostrado, no estándolo, que el señor Mario Vernaza, gerente de las sociedades compradoras 'Financiera de Construcciones Pinski Limitada —Financo—' y 'Financiera de Construcciones Pinski Limitada Compañía S. C. A.', obró como intermediario entre dichas sociedades y la vendedora 'Inversiones El Gran Limonar' ".

En el desarrollo del cargo el recurrente se refiere a cada una de las pruebas singularizadas y hace alrededor de ellas una extensa alegación encaminada a demostrar que el demandante Montaño estableció el contacto inicial entre Gómez y Pinski en torno a la negociación de los terrenos "El Gran Limonar"; que el contrato de compraventa se celebró entre esas mismas personas naturales a través de las sociedades que figuran en la Escritura Pública que lo contiene y que aquellas gestiones iniciales realizadas por Montaño sirvieron de causa a la celebración del dicho contrato.

El opositor califica la exposición que se hace para sustentar el cargo como un alegato de instancia; sostiene que la sentencia se apoya principalmente en los testi-

monios rendidos en el juicio, los cuales, con excepción de la declaración de Ezequiel Pinski, se dejan inatacados; que, además, esa clase de pruebas quedó excluida de la causal de casación por error de hecho por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y que la prueba documental y los interrogatorios de parte fueron bien apreciados. Niega la comisión de los errores de hecho y se opone a la prosperidad de la acusación.

Se considera

El empeño del recurrente en demostrar que el contacto inicial entre los señores Gómez y Pinski se realizó por intermediación del demandante Montaño, resulta completamente inútil, pues ese hecho lo tiene como plenamente establecido la sentencia.

Al estudiar el ataque precedente, advirtió la Sala que el ad quem no encontró probado que el actor hubiese participado activa y eficazmente en el curso de las negociaciones. Este aspecto, que es uno de los presupuestos básicos de la decisión, aparece ignorado por el impugnante y acerca de él guarda absoluto silencio. A esa conclusión llegó el sentenciador con apoyo en medios probatorios (testimonios) no comprendidos en la censura. Al no atacársele, y siendo ella suficiente para sostener el pronunciamiento absolutorio, el cargo es incompleto, vano e inocuo.

Además, la relación de causalidad entre aquellas primeras gestiones y la realización del acto jurídico final —elemento que, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, también constituye fundamento fáctico de la pretensión— tampoco logra ser demostrado en el recurso, ni a través del juicio. Faltando el eslabón de enlace entre la etapa inicial y la última —situación con la cual se conformó el censor— queda roto el camino y resulta imposible la llegada existosa a la meta propuesta.

Cabe anotar, de otra parte, —como una razón más que también conduce a la ineficacia de la acusación— que de las pruebas calificadas en que ésta se funda (confesión contenida en la demanda, su respuesta e interrogatorio de parte), no se desprende ningún error, pues con base en ellas dedujo el juzgador la demostración de que el contacto entre Gómez y Pinski había sido propiciado y efectuado por Montaño, que es lo único que ellas realmente acreditan. Sin que se establezca el error proveniente de esa clase de pruebas, no es posible entrar a examinar las que el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dejó por fuera, de acuerdo con el criterio que sobre el particular tiene sentado la Corporación. Las circunstancias apuntadas hacen desestimable el cargo y, en consecuencia, se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el dieciocho de marzo de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Alberto Hernando Montaño contra Luis Horacio Gómez e "Inversiones El Gran Limonar S. A.".

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de septiembre 21 de 1977, FALLA: PRIMERO: Del laudo arbitral de veintiuno (21) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977), proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre la "COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTES LTDA" y el Sindicato "UNION DE CHOFERES DE COLOMBIA - UNITRASCOL" decláranse inexequibles los Artículos segundo; cuarto en cuanto ordena al patrono deducir sumas que por concepto de multas imponga el Sindicato a sus miembros; quinto; noveno, en cuanto se refiere al descuento a trabajadores no sindicalizados. SEGUNDO: HOMOLOGASE En todo lo demás

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

Radicación número 6197.

Esta providencia resuelve recurso de homologación interpuesto oportunamente por el representante legal de la "Cooperativa Continental de Transportadores Limitada, "contra el laudo arbitral de abril (21) veintiuno de mil novecientos setenta y siete (1977), visible del folio 97 al 105 del cuaderno número dos, pronunciado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto laboral existente entre la mencionada Empresa y el Sindicato denominado "Unión de Choferes de Colombia —UNITRASCOL".

Antecedentes

I. El Sindicato de Unión de Choferes de Colombia "UNITRASCOL", presentó a consideración de la Cooperativa Continental de Transportadores Limitada, un pliego de peticiones compuesto de veintidós (22) artículos visibles del folio 1 a 4 del cuaderno número uno.

El pliego fue aprobado por la Asamblea General del Sindicato mencionado, en su sesión celebrada el primero (1º) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976) —folio 33 cuaderno número 3—.

La etapa de arreglo directo que tuvo algunas prórrogas acordadas de común acuerdo entre las partes, se celebró entre el 17 de agosto de 1976 y el 21 de septiembre siguiente, cuyas actas de las sesiones obran del folio 1 a 13 del cuaderno número dos, sin llegar a ningún acuerdo.

La segunda etapa del conflicto, la de conciliación, actuaron como amigables componedores por parte de la empresa los señores Eduardo Sánchez y Gastón Jiménez y por el Sindicato los señores Pedro Chacón y Jorge Vásquez, no habiendo llegado los conciliadores a ningún acuerdo y habiéndose iniciado dicha fase el 28 de septiembre de 1976 y terminado el 15 de octubre siguiente, cuyas actas obran de los folios 14 a 18 del cuaderno número dos.

II. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó por medio de la Resolución

número 00491 de 25 de febrero de 1977 un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con el fin de dirimir el diferendo laboral entre las partes: dispuso que sus sesiones tuvieron lugar en la ciudad de Bogotá y como las partes designaron sus árbitros por la Cooperativa Leandro Jaimes y por el Sindicato Pablo Emilio Pinzón, escogieron éstos de común acuerdo al tercero dentro del término legal. En la mencionada resolución se reconoció a los árbitros nombrados por las partes (folio 19 a 21 cuaderno número dos).

III. Los árbitros, según escrito de folio 22 del cuaderno número dos, designaron oportunamente como tercer árbitro al señor Yesid Rendón.

IV. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de Resolución número 0096 de 23 de marzo de 1977, visible al folio 24 al 25 del cuaderno número dos, aprobó la designación del tercer árbitro recaída en el señor Yesid Rendón.

V. Los tres árbitros tomaron oportunamente posesión de sus cargos ante el Ministerio de Trabajo, según consta del folio 26 a 28 del cuaderno número 2.

VI. El señor Jorge Acuña R., quien fue nombrado como Secretario del Tribunal, tomó posesión del cargo el 31 de marzo de 1977 según aparece el folio 37 del cuaderno número dos.

El Tribunal se instaló el 29 de marzo de 1977 y terminó labores el 21 de abril siguiente, habiendo tenido prórrogas, mediante el trámite legal correspondiente, por el término de 10 días.

El recurso

El 22 de abril de 1977 el Secretario del Tribunal procedió a notificar personalmente la sentencia arbitral al representante de la Cooperativa Continental de Transportadores Limitada y manifestó que le hizo entrega de copia de la misma debidamente autenticada (folio 107, cuaderno número dos).

El representante de la Empresa interpuso oportunamente recurso de Homologación (folio 107 cuaderno número 2), el cual le fue concedido según consta al folio 109 cuaderno número 2, por auto proferido de todos los miembros del Tribunal, recurso que no sustentó, pero que no obstante y de conformidad con la ley se procede a resolver.

Se considera

Se procede a resolver sobre la exequibilidad o inexequibilidad de cada uno de los artículos del Laudo Arbitral siguiendo su mismo orden de numeración, así:

ARTICULO PRIMERO: Establece que durante la vigencia del laudo la empresa mantendrá todas las prestaciones sociales existentes respondiendo por ellas a sus trabajadores mientras permanezcan vinculados a ella, es exequible en el entendido de que también reconoce las adquiridas por trabajadores en razón del contrato una vez terminado.

ARTICULO SEGUNDO: Estatuye que la Cooperativa sólo puede descontar salarios y prestaciones a sus trabajadores cuando exista autorización escrita de éstos o mandato judicial, lo cual implica que se desconocieron las excepciones consagradas en el numeral 1º del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, para garantizar derechos del patrono y de terceros, por lo cual es inexequible.

ARTICULO TERCERO: Determina que la empresa de acuerdo con el sindicato escogerá la Caja de Subsidio Familiar donde afilie los trabajadores, disposición que no resulta inexequible.

ARTICULO CUARTO: Es exequible en su primera parte en lo referente a los descuentos sindicales que haga la Cooperativa por concepto de cuotas ordinarias y extraordinarias decretadas conforme a los estatutos y a la ley y con observancia del procedimiento legal para hacer efectivos los descuentos, y es inexequible en cuanto ordena al patrón a deducir sumas que por concepto de multas imponga el Sindicato a sus miembros, pues las normas legales prohíben los descuentos sin autorización escrita de éstos.

ARTICULO QUINTO: Lo pedido en el pliego en el artículo décimo noveno fue: "Consignación. La empresa COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES, obligará a todos sus conductores a consignar el total del producido diario y responderá directamente a sus trabajado-

res por las Prestaciones Sociales, Salario y demás de acuerdo a lo devengado", y lo resuelto en el laudo: "Artículo quinto: CONSIGNACION: La COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES LIMITADA, a los 30 días después de firmada la presente Convención Colectiva, obligará a todos los conductores asalariados a consignar el total correspondiente a su liquidación de su salario devengado o responderá directamente a sus trabajadores por las Prestaciones Sociales, salarios y demás obligaciones de acuerdo a lo devengado. Esta obligación comenzará a regir del 15 al 30 del mes de la firma del presente Laudo".

Como de los textos antes transcritos aparece que lo resuelto en el laudo no corresponde a lo pedido en el pliego, el artículo del fallo es inexequible.

ARTICULO SEXTO: En que se aumentan a $ 300.00 cada una de las primas extralegales de vacaciones y la de Navidad, acordadas con anterioridad en los artículos 10 y 11 de la Convención Colectiva celebrada entre las partes el 22 de abril de 1974, lo cual es lícito hacer a los árbitros. Este artículo es exequible.

ARTICULO SEPTIMO: En su primer párrafo se aumenta a $ 500.00 el auxilio por muerte de familiares de los trabajadores y en el segundo se deja en $ 500.00 el auxilio a "UNITRASCOL", son exequibles por cuanto dichos auxilios venían existiendo por estipulación entre las partes contenidas en los artículos 12 y 13 de la Convención celebrada el 22 de abril de 1974. En cuanto al tercer párrafo del mencionado artículo y que corresponde al 9º del pliego de peticiones referente a que "la empresa reconocerá a los trabajadores la suma de $ 150.00 por una sola vez, en el año, por cada hijo que esté estudiando en primaria, previa comprobación certificada del plantel respectivo", es exequible para la mayoría de la Sala por las mismas razones expuestas el 23 de julio de 1976 al resolver el recurso de Homologación en el laudo pronunciado en el conflicto colectivo entre el "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa 'Transportes Colombia S. A.' ", cuando expresó: "Un nuevo estudio de las facultades que a los árbitros otorga el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo lleva a la Corte a modificar esa jurisprudencia, lo que se hará conjuntamente por las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral. El artículo mencionado faculta a los árbitros para decidir el conflicto de intereses económicos en cuanto no pudo ser resuelto total o parcialmente por las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y regula esa competencia al señalar que el fallo que se dicte no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales vigentes. Esta limitación para decidir los conflictos colectivos de carácter económico debe armonizarse con los fines que éstos persiguen, o sea el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de modo particular de las prestaciones y salariales. Los derechos y facultades que no pueden afectar los árbitros con sus fallos son en primer término los reconocidos en la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y demás derechos adquiridos, el de asociación, reunión, huelga y todos aquellos que establecen directa o indirectamente un régimen de protección al trabajo y garantizan al empresario el ejercicio de su actividad; en segundo término los reconocidos por las leyes cuando desde el punto de vista del trabajador constituyen un mínimo que no puede afectarse y los que por ser de orden público son irrenunciables, y respecto del patrono los que emanan de su calidad de subordinados, de propietario de la empresa, de director del establecimiento; y en relación con los convencionales son aquellos que por haber consolidado situaciones subjetivas concretas o que por no haber sido propuesta su variación por parte legalmente habilitada para hacerlo, deben ser respetados en el laudo. Esta interpretación conduce a darle efectividad a la regla general, acorde con su finalidad, de que los árbitros en la solución del conflicto o de intereses económicos deben proceder dentro de la equidad y atendiendo las circunstancias objetivas sociales y económicas del mismo, pues de lo contrario podría viciarse de inexequibilidad el laudo respectivo, y decidiendo sobre todas las peticiones de los trabajadores que no fueron objeto de acuerdo con el patrono, para acceder total o parcialmente a las mismas con las limitaciones ya vistas, o

negarlas por esas circunstancias. La creación de prestaciones extralegales no afecta derecho o facultad del patrono, pues no puede tenerse como tal el hecho de que no se hubiera reconocido o impuesto de antemano a su cargo por actos aceptados por él voluntariamente. De manera que por no haberse consagrado en la ley o en las Convenciones Colectivas una determinada prestación, no por ello exista para el patrono un derecho a que no se le imponga, por lo cual no es razón para declarar la nulidad del ordenamiento arbitral que el establecimiento de nuevas prestaciones se haga contra su voluntad o sin su consentimiento, porque las decisiones del fallo arbitral obligan a éstas si han sido tomadas dentro del marco de la equidad y no afectan sus derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y la Convención Colectiva. No debe olvidarse, además, que una de las finalidades de la Convención Colectiva es la de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores ya que para conseguir ese objetivo las de empresas de servicios públicos carecen del instrumento de la huelga que se sustituye por el Arbitramento Obligatorio para que mediante el laudo respectivo se le dé solución al conflicto cuando las partes no se avienen voluntariamente a resolverlo. Por último, si de conformidad con la jurisprudencia que se revisa es posible a los árbitros aumentar la cuantía de las prestaciones extralegales establecidas convencionalmente, no se ve con claridad la razón para que no sea válida la creación de esas prestaciones, pues en uno y otro caso se aumenta para el patrono la carga económica, todo dentro de la finalidad del conflicto de intereses o económica que es diferente al jurídico".

Para el suscrito ponente es inexequible dicho auxilio educacional por las razones que aducirá en su correspondiente salvamento de voto.

ARTICULO OCTAVO: Referente a permisos sindicales es exequible en cuanto a la concesión de dichos permisos por cuanto ellos fueron estipulados en la convención colectiva celebrada entre las partes el 22 de abril de 1974 e inexequible en cuanto establece que son remunerados en parte, pues va en contra del derecho de los patronos consagrados en el numeral 6º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. Al respecto existe reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte.

ARTICULO NOVENO: Estatuye que la empresa descontará a los trabajadores que se benefician del laudo, por una vez, el valor correspondiente a los primeros 15 días de aumento, es exequible en cuanto se refiere a trabajadores sindicalizados por haberlo éstos acordado así, en su solicitud contenida en el artículo 7º del pliego de peticiones y es inexequible respecto de los no sindicalizados, en razón de que la ley no permite, sin autorización escrita de ellos tales descuentos.

ARTICULO DECIMO: Como se trata de que los tres primeros días de incapacidad de los trabajadores que decreta el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y que éste no reconoce sean pagados por la empresa con el salario mínimo legal, es exequible para la mayoría de la Sala por tratarse de una nueva prestación, la cual pueden reconocer los árbitros por las mismas razones expuestas al tratar sobre el auxilio educacional en el artículo 7º del presente escrito. Para el ponente es inexequible por los motivos que expondrá en su salvamento de voto.

ARTICULO DECIMO PRIMERO: Decreta un aumento de salario dentro del límite de lo pedido en el artículo 2º del pliego y como los árbitros gozan de la facultad legal para hacerlo el artículo es exequible.

ARTICULO DECIMO SEGUNDO: Por cuanto establece la vigencia de los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, séptimo, octavo, noveno, décimo cuarto, décimo quinto, décimo séptimo y décimo noveno, de la convención celebrada entre las partes el 22 de abril de 1974, es exequible.

ARTICULO DECIMO TERCERO: Señala como término de vigencia del laudo diez y ocho meses contados a partir de su notificación es exequible, por cuanto a los árbitros corresponde legalmente determinar el tiempo durante el cual rija el fallo arbitral, sin que llegue a exceder del término de dos años fijado en el numeral 2º del

artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Susuprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

PRIMERO: Del laudo arbitral de veintiuno (21) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977), proferido por el Tribunal de Arbitramento que rsolvió el diferendo laboral entre la "COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTES LIMITADA y el Sindicato 'UNION DE CHOFERES DE COLOMBIA —UNITRASCOL—' ", declarándose inexequibles los artículos segundo; cuarto en cuanto ordena al patrono deducir sumas que por concepto de multas imponga el Sindicato a sus miembros; quinto; noveno, en cuanto se refiere al descuento a trabajadores no sindicalizados.

SEGUNDO: HOMOLOGASE en todo lo demás.

Cópiese, 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, (Con salvamento de voto); *José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me permito disentir del elevado criterio jurídico de mis compañeros de Sala al apartarme de lo resuelto, respecto de los artículos 6º, 9º, 10, 11 y 12 del laudo, en la sentencia que puso fin al recurso de homologación contra el fallo arbitral para dirimir el conflicto colectivo entre la Empresa "Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá 'Coomotor' " y el "Sindicato Unión de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia 'Unimotor' ", por cuanto los mencionados artículos reconocen nuevas prestaciones en favor de los trabajadores, no impuestas por la ley, no aceptadas por las partes en convenciones colectivas anteriores y los árbitros solamente pueden aumentar prestaciones consagradas por el legislador o admitidas convencionalmente y ninguno de estos casos han tenido ocurrencia en el presente conflicto por lo cual considero que los citados artículos son inexequibles.

Sobre lo anterior, en reciente salvamento de voto del Magistrado doctor Córdoba Medina y del suscrito, con ocasión de la decisión —23 de julio de 1976— del recurso de Homologación del laudo pronunciado en el conflicto colectivo de trabajo entre el "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander" y la Empresa "Tranportes Colombia S. A.", se dijo:

"Nos apartamos de lo decidido en la sentencia que puso fin al recurso de homologación contra el laudo dictado para dirimir el conflicto colectivo entre el Sindicato de Choferes Asalariados de Santander y la Empresa Transportes de Colombia S. A. En sentencias anteriores de la Sala se había formado jurisprudencia en el sentido de que los árbitros no tenían facultad para crear prestaciones no impuestas por la ley y no aceptadas por las partes en convenciones colectivas, y que solamente podían aumentar las prestaciones consagradas por el legislador o admitidas convencionalmente. El fundamento de la jurisprudencia que venía sosteniendo la Sala, consiste en que el aumento de una prestación legal o convencional conlleva una mejora de las condiciones de trabajo, mientras que la creación de una prestación no legal ni convencional implica la modificación de las condiciones de trabajo en el sentido de imponer al patrono un nuevo riesgo del cual no estaba obligado a responder. Es verdad que la ley puede imponer al patrono nuevas obligaciones y que éste puede asumir riesgos que no le haya impuesto la ley, pero no es dado al Tribunal arbitral cambiar fundamentalmente las condiciones que rigen los contratos de trabajo, sino modificar las existentes cuando se haya pedido el cambio y no se haya logrado acuerdo sobre él.

Las prestaciones sociales son obligaciones patronales que corresponden a los riesgos patronales, por lo cual la creación de nueva prestación es la imposición de una obligación correspondiente a un nuevo riesgo de trabajo. Los aumentos de salario o de prestaciones son directamente cuestiones económicas, pero la creación de una protección nueva, de una prestación social respecto a un riesgo que no compete al patrono, es una cuestión jurídica porque implica la imposición de una obligación no simplemente de tipo económica, sino que hace asumir al patrono un riesgo que no le ha impuesto la ley ni él ha aceptado. No puede considerrase con el criterio superficial de la sentencia, que todo se resuelve en una mejora económica, sino que es necesario observar cómo algunas cuestiones económicas envuelven asuntos jurídicos, para decidir los cuales no están facultados

los árbitros, pues ellos solamente tienen capacidad para determinar las cuestiones puramente económicas más no las jurídicas".

En los anteriores términos creo haber dejado suficientemente expuestas las razones de orden jurídico en que fundamento mi anterior salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Jerónimo Argáez Castello.

PRUEBA PERICIAL

(Su alcance y valor).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintidós de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 5955).

(Acta Nº 35).

Gastón Escobar Escobar, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 2'926.240 expedida en la misma ciudad, demandadó por medio de apoderado, a **Industrias y Representaciones limitada**, para que mediante declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre las partes, se condene a la sociedad a pagar salarios insolutos consistentes en utilidades, comisiones, cesantía, primas de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, indemnización por ruptura del contrato, indemnización por mora y las costas del juicio.

El apoderado firmó los siguientes hechos:

"1º) El señor GASTON ESCOBAR ESCOBAR fue contratado por la Sociedad Pacho Ramírez & Cía. Ltda., para prestar sus servicios como vendedor y administrador de la Oficina de Ventas de artículos electrodomésticos de la demandada, distribuidos por esta como mayorista;

"2º) La sociedad Pacho Ramírez & Cía. Ltda., modificó su razón social por la de INDUSTRIAS Y REPRESENTACIONES LIMITADA, según consta en la Escritura Pública número 4708 del 15 de junio de 1970, de la Notaría Sexta de Bogotá, tal como aparece con el certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que acompaño a esta demanda;

"3º) La oficina de ventas confiada al demandante fue la Sucursal de la carrera 9ª, lugar en el cual comenzó a prestar sus servicios el día 1º de septiembre de 1968;

"6º) (sic) En forma continua e ininterrumpida el demandante trabajó al servicio de la demandada hasta el día 15 de marzo de 1970;

"7º) El día 15 de marzo de 1970 el demandante dejó de prestar sus servicios, pues había sido despedido en forma unilateral, ilegal y sin justa causa mediante carta C-744/70 del 23 de enero de 1970, ya que los motivos aducidos en la misma y en el preaviso que allí se le da al actor no se ajustaron a la ley;

"8º) El último promedio mensual sobre el cual se liquidaron al demandante sus prestaciones sociales fue de $ 12.557.23 moneda corriente, el cual, sin embargo, no se ajusta a lo estipulado entre las partes;

"9º) Al demandante se le dejaron de pagar las comisiones que devengó por las ventas efectuadas en la primera quincena de marzo de 1970;

"10) Tampoco la sociedad demandada reconoció ni pagó la bonificación consistente en el 2% de las utilidades líquidas que arrojara anualmente la Oficina de Ventas. Se limitó la demandada a hacer una liquidación acomodaticia de tales utilidades y a efectuar un pago írrito al demandante por tal concepto, con muchos meses de retardo después de terminado el contrato y sin que el actor recibiera los valores en efectivo, pues se le obligó a que fueran abonados a deudas no laborales, como oportunamente lo demostraré;

"11) Lo anterior indica que al demandante no le fueron pagadas sus prestacio-

nes sociales como cesantía y primas de servicio, ni tampoco sus vacaciones, con el verdadero salario promedio mensual que devengó durante la vigencia de su contrato;

"12) Las condiciones de remuneración fueron acordadas por las partes en la carta-contrato C-470/68 del 26 de julio de 1968; las cuales no fueron cumplidas en su integridad por la demandada;

"13) El demandante sólo percibió un salario variable, por lo cual tiene derecho a que se le pague el valor del descanso dominical y en días festivos remunerado, durante todo el tiempo servido, ya que, de otra parte, trabajó durante todos los días de la respectiva semana;

"14) La sociedad demandada está en mora de cubrir los salarios y prestaciones adeudados al actor, por lo cual ha incurrido en la sanción moratoria prevista en la ley".

El apoderado de la sociedad propuso excepciones de pago, carencia de acción y abuso del derecho y contestó los hechos así:

"Al primero. Es cierto.
"Al segundo. Es cierto.
"Al tercero. Es cierto.
Al 6º (Sic). Es cierto.
"Al 7º Es cierto el retiro, pero no convengo con las notas calificatorias que le endilga el demandante.
"Al 8º La liquidación se hizo de acuerdo con lo pactado.
"Al 9º No es cierto.
"Al 10. No es cierto.
"Al 11. No es cierto.
"Al 12. No es cierto.
"Al 13. No es cierto.
"Al 14. No es cierto".

El Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de 27 de noviembre de 1975, condenó a la sociedad demandada a pagar $ 37.734.12 por dominicales y festivos, $ 3.443.22 por reajuste de cesantía, $ 687.18 por reajuste de primas, $ 7.999.79 por reajuste de vacaciones, $ 26.191.53 como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, $ 493.02 diarios desde el 16 de marzo de 1970 y hasta cuando se cancelen las sumas debidas, como indemnización por falta de pago, y las costas de la instancia; absolvió a la demandada de las restantes peticiones, y declaró no probadas las excepciones propuestas. Ambas partes apelaron del fallo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 29 de noviembre de 1976, revocó las condenas por dominicales y festivos, reajuste de cesantía, reajuste de primas, reajuste de vacaciones, e indemnización por falta de pago, y absolvió por tales extremos; confirmó la condenación a indemnización por despido unilateral y las absoluciones por las peticiones restantes; redujo al 40% de las costas de ambas instancias la condenación de la demandada, y declaró probada la excepción de pago. El apoderado de Gastón Escobar Escobar interpuso contra la sentencia del ad quem, recurso de casación, que concedió el Tribunal y admitió la Corte.

El recurso

Está presentado en un solo cargo, con apoyo en la causal primera de casación laboral.

Alcance de la Impugnación

Está expresado así:

"Con el presente recurso extraordinario de casación se pretende que la HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CASE PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, en cuanto REVOCO las condenas impuestas en sentencia de primer grado en los apartes A), B), C), D) y F) del numeral primero de su parte resolutiva; en cuanto MODIFICO el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo de primer grado para declarar probada la excepción de pago; en cuanto modifico el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia del a quo para reducir la condena en costas al 40% y en cuanto impuso a la demandada únicamente el pago del 40% de las costas de segunda instancia.

"Una vez constituida la Honorable Corte en sede de instancia, se servirá CONFIRMAR en todas sus partes los literales A), B), C), D) y F), del numeral primero y los numerales tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, proveyendo sobre costas de la alzada".

El cargo

Está presentado así:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, modificado por el artículo 7º, de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la Ley sustancial o causa de la indebida aplicación de los artículos 127, 172, 174, 176, 177, 186, 249, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con los artículos 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y en relación con los artículos 51, 55, 56, 61, y 145 del Código de Procedimiento Laboral y 233, 244 y 246 del Código de Procedimiento Civil.

"La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma indirecta, por haberlas aplicado indebidamente el sentenciador al caso sub judice, pues con fundamento en ellas absolvió a la demandada de todas las súplicas de la demanda, siendo que su correcta aplicación ha debido conducirlo a condenar a aquéllas al pago de los descansos obligatorios en domingos y festivos, reajustes de prestaciones sociales, cesantía, primas de servicio y vacaciones e indemnización moratoria y las costas judiciales, como lo decretó el Juzgado de primera instancia.

"En la violación indirecta anotada incurrió el Tribunal por evidentes errores de hecho, que aparecen de modo ostensible en los autos y que son los siguientes:

"1º No dar por demostrado, estándolo, el valor de lo devengado por el demandante semana a semana por concepto de comisiones sobre ventas;

"2º No dar por demostrado, estándolo, que el juzgado de conocimiento practicó la diligencia de inspección judicial en la carrera 10ª número 15-22 el día 12 de abril de 1973;

"3º No dar por demostrado, estándolo, que dentro de la mencionada diligencia la parte demandante solicitó al Juzgado que fueran constatados los puntos necesarios para la prueba de los hechos alegados en la demanda;

"4º No dar por demostrado, estándolo, que el dictamen pericial y su ampliación rendido por el doctor Rafael Altamar Cortés se practicó como consecuencia de la diligencia de inspección judicial y dentro de ella, y que el juez a quo se limitó a hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral, al designar para tal efecto al perito, para que cumpliera sus funciones, por tratarse de asuntos contables que requerían conocimientos especiales;

"5º Dar por demostrado, sin estarlo, que la prueba de inspección judicial no fue pedida ni decretada con intervención de perito contador;

"6º Dar por demostrado sin estarlo, que el auxiliar de la justicia sustituyó al Juez en sus funciones propias que éste último delegó en el perito la comprobación de hechos que personal y directamente podía constatar;

"7º No dar por demostrado, estándolo, que hubo renuencia injustificada de la demandada en facilitar los documentos necesarios para la práctica de la diligencia de inspección judicial y del dictamen pericial;

"8º No dar por demostrado, estándolo, el valor de los descansos dominicales y festivos que adeuda la demandada al demandante, establecidos con las pruebas documentales la inspección judicial y el dictamen pericial;

"9º No dar por demostrado, estándolo, que la demandada no obró de buena fe y a la terminación del contrato de trabajo quedó adeudando al demandante sumas por concepto de salarios o comisiones, participación de utilidades, descansos dominicales y festivos y reajuste de prestaciones sociales;

"10. No dar por demostrado, estándolo, que aún para el pago de sumas que la demandada no controvertió como la participación de utilidades en cuantía de $ 4.390.50, demostró su cancelación varios meses, y no fue tomada en cuenta para la liquidación de la cesantía;

"Los anteriores errores de hecho se produjeron por la errónea apreciación de las siguientes pruebas y la falta de apreciación de otra;

"**Pruebas apreciadas errôneamente:**

"a) Liquidación final de prestaciones sociales (folios 11 y 36).

"b) Recibo de pago de participación de utilidades (folio 12).

"c) Carta - contrato del 26 de julio de 1968 (folios 40 y 41).

"d) Comprobante de liquidación de prestaciones sociales (folios 37 a 39);

"e) Diligencia de Inspección Judicial (folios 49 a 51).

"f) Dictamen pericial rendido por el doctor Rafael Altamar Cotes y su ampliación (folios 72, 76, 79, 96 a 105 y 118 a 121).

"Prueba no Apreciada.

"a) Interogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada (folios 22 a 26).

"Para dar cumplimiento a la jurisprudencia de esa Honorable Sala a partir de la sentencia del 7 de octubre de 1972 (Juicio de Luis Alberto Ramírez vs. Sonolux Ltda.), se demostrará en primer término, el error del Tribunal respecto a las pruebas aptas o calificadas y luego sobre el dictamen pericial".

En la demostración del cargo, el recurrente anota que el sentenciador encontró demostrados los extremos de la relación contractual, cuales son: fecha de ingreso, fecha de salida y salario promedio mensual; apunta que el ad quem agrega falta de fundamento para acceder a las súplicas sobre salarios insolutos y comisiones por ventas, debido al recibo del folio 12 y a las conclusiones del dictamen pericial sobre el pago de tales acreencias; comenta que el ad quem toma en cuenta la prueba de perito para absolver a la demandada, pero se contradice cuando no adopta la misma actitud en lo relativo a dominicales y festivos; observa que el fallador estudia el contrato de folios 40 y 41 y los documentos de los folios 36 a 39, para precisar si el reclamante tuvo jornal o sueldo, y cita varias jurisprudencias relativas al tema, pero según el recurrente no saca conclusión alguna aunque admite la naturaleza variable de la remuneración; y relata que el Tribunal estima no practicada la inspección judicial, no pedida ni decretada la prueba pericial que se refirió a hechos que debía apreciar directamente el juez, y por lo tanto insuficiente para sustentar la decisión, lo que llevó a la revocatoria de la providencia de primer grado y a la absolución, que también implicó la de los salarios caídos, por no encontrar acreencias pendientes.

El impugnador afirma que la única remuneración del actor eran las comisiones sobre ventas y la participación de utilidades, por lo cual era salario variable que según la jurisprudencia, no comprendía el pago de descanso en domingos y festivos; asevera que el ad quem desconoce la prueba del salario variable semanal, único medio de probar el valor de los descansos dominicales y festivos; sostiene que en la demanda se solicitó la práctica de inspección judicial con intervención de perito y que así fue decretada la prueba; insiste en que se practicó la inspección judicial y se realizó el peritazgo; asegura que el juez no delegó función alguna indelegable y que la ley no señala al juez límites para estimar cuándo se requiere la prueba pericial; y pide que se revise la doctrina del Tribunal sobre la inconducencia e ineficacia de la prueba pericial cuando no se trata de hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

El censor se lamenta de que tras varios inconvenientes para practicar la prueba pericial, se hubiese desconocido su eficacia sin argumento alguno al decir del atacante, y a pesar de que con ella se demostró el valor de la remuneración variable del actor semana a semana; reitera su extrañeza por la falta de apreciación de esa prueba cuando fue estimada para encontrar demostrado el pago de la participación de utilidades; deduce que el Tribunal apreció erróneamente la inspección judicial y el dictamen pericial, por lo cual infringió los artículos 51, 55 y 61 del Código Procesal del Trabajo; encuentra en la carta de folios 40 y 41 y en la respuesta a la pregunta novena del interrogatorio de parte, la prueba de que el salario consistió en comisiones y participación de utilidades, por lo cual era variable, y en el dictamen parcial la demostración de lo devengado semana por semana; considera procedente la condena a descansos dominicales y festivos y a reajuste de cesantía, primas y vacaciones; predica la ausencia de razones atendibles para la falta de pago de esos descansos y reajustes, y reclama la indemnización por mora.

Y termina el cargo así:

"Pero aún con independencia de lo anterior, no podía desconocer el ad quem que por lo menos hubo un retardo en el pago de las participaciones de utilidades que correspondían al demandante, pues la suma de $ 4.390.50 moneda corriente que dijo el demandado ser la única que por tal concepto le debía al actor, sólo vino a serle cubierta el día 2 de febrero de 1971, o sea con diez meses y doce días de retraso, conforme al mismo recibo que presentó la empresa con la contestación de la demanda que aparece al folio 12 y en las respuestas 17 y 18 (folios 25 y 26). Luego se imponía la condena moratoria al menos por el lapso indicado.

"Además resulta igualmente ostensible que la mencionada suma, teniendo carácter salarial conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, no fue tomada en cuenta para liquidar las prestaciones sociales finales pagadas a Gastón Escobar, especialmente la cesantía, no obstante la manifestación contraria que en tal sentido hizo el representante de la demandada en la respuesta 13ª (folio 24), ya que tales prestaciones únicamente se liquidaron tomando en cuenta las comisiones sobre las ventas, más no sobre la participación de utilidades, conforme se deduce sin mayor esfuerzo de los documentos de folios 11 y 36, 37 a 39, otro argumento más para demostrar la mala fe con la que procedió el patrono no sólo durante la vigencia del contrato de trabajo sino especialmente al momento de su finalización".

Se considera

En la sentencia acusada se lee:

"Es pertinente comentar todo lo relacionado en la inspección judicial pedida por la parte actora a folios 6 y decretada a folio 17. La diligencia de inspección judicial aparece a los folios 49 a 52 del informativo; en dicha diligencia la parte actora pidió al juzgado la intervención directa del Juez con la presencia de un perito, a fin de que constatara los puntos materia de la diligencia y que en cuanto lo que fuera materia del dictamen dispusiera el juzgado que el periodo (sic) examinara los libros de contabilidad, facturas registros de ventas, factura de venta y compra, libros de cuenta corriente. El Juez en su auto dictado dentro de la diligencia la concretó a los puntos solicitados por el demandante. En cuanto al punto primero verificó el juzgado que en la oficina de la demandada se encuentra el aviso denominado 'Industrias y Representaciones Ltda.'. Los demás, del 2 al 10 del plenario serán evacuados por un perito contador.

"Esta diligencia de gran importancia, por ser casi la prueba única sobre las incidencias sobre el desarrollo y las pretensiones de la demanda y sobre el cual se deben decidir los conceptos demandados, se trata en realidad de un experticio, que no fue la prueba solicitada y decretada, y no una diligencia de inspección judicial, pues se limita a la intervención exclusiva del perito en la comprobación de los hechos, aún de los visuales que corresponden privativamente al juez.

"En este orden de ideas, el auxiliar examina y hasta verifica, sin participación del juez, la fecha de ingreso y retiro y la causal del motivo por el cual se terminó el contrato de trabajo, lo mismo que el establecimiento de los porcentajes estipulados en la carta contrato que obra a folios 40, el valor de las comisiones sobre las ventas efectuadas por el demandante como administrador y jefe de ventas y se ordena variar por la pericia el sistema de pago que se pactara por mensualidades, que discriminaran dichas comisiones semana por semana y obtener el promedio de lo devengado por el actor en el mes o el año, por períodos semanales. Así en hechos, que correspondan a apreciaciones directas del juez, fueron dejadas a la observación del perito sin ninguna limitación, sin ingerencia o participación del juez".

De los apartes transcritos resulta que el sentenciador no incurrió en el segundo error de hecho propuesto, pues admite la existencia de la prueba de inspección judicial y señala los folios en que aparece, aunque resta importancia a la diligencia por considerar que no se examinaron en ella los documentos relativos a hechos que podía el juez conocer directamente; tampoco se incurrió en el tercer error, pues se dejó constancia de que en la diligencia se había pedido el establecimiento de diversos hechos; no se cometió el error indicado como quinto, porque el sentenciador

dijo expresamente que la inspección judicial con intervención de perito, habia s do pedida en la demanda y decretada; y tampoco se incurrió en los errores cuarto y sexto, porque es evidente que como lo dice el sentenciador, en el caso no se necesitaba experto para determinar por examen de documentos, la fecha de ingreso del trabajador, la fecha de retiro, la causa de terminación del contrato, y la aplicación de lo pactado a esos hechos, pues tal labor de simple verificación o de aplicación del derecho debe ejecutarse por el juez, y cuando se confía a otra persona se delegan funciones que no son delegables. El sentenciador anota que la inspección judicial se limitó a verificar que en la puerta de entrada existía el aviso de la demandada, por lo cual tampoco es equivocado pensar que la diligencia no tuvo importancia alguna y que todo se dejó para que el perito hiciera el trabajo que le correspondía al juez.

En vez de la rectificación de la doctrina del Tribunal sobre el alcance y valor de la prueba pericial, debe exigirse a los jueces que practiquen las diligencias de inspección en forma correcta y no dejen a los peritos la comisión de hacer ellos lo que no les corresponde, ya que la facultad que al Juez Laboral le confiere el artículo 51 del C. de P. L., para decretar la prueba pericial no es arbitraria, sino que debe ejercitarse racionalmente y, en todos caso, está limitada, conforme al artículo 233 del C. de P. C., por la necesidad de llegar a la comprobación de los hechos por medio de especiales conocimientos técnicos, artísticos o científicos.

Resulta claro que no se puede encomendar al perito la verificación de hechos que no requieran conocimientos especiales y menos de los que impliquen decisiones jurídicas. En lo que tiene razón el recurrente es en la crítica que hace de la sentencia por aceptar un aspecto del dictamen y rechazarlo en cuanto se refiere a la prueba de lo devengado en domingos y festivos, pero como se sabe, esa prueba no es de las calificadas por la ley como aptas para dar fundamento a un error en casación, por lo cual su examen equivocado no serviría para los efectos del recurso por tal aspecto.

Con las pruebas que se indicaron como mal apreciadas o dejadas de apreciar, no se establece el séptimo error de hecho, porque en ninguna de ellas aparece la renuencia que se afirma.

Existen algunos memoriales donde el perito asevera la existencia de dificultades para obtener los datos necesarios, pero tales hechos no fueron demostrados en el proceso y los memoriales del experto y las explicaciones dadas en las audiencias, indican que no eran propiamente dificultades sino falta de la comodidad solicitada para que todos los documentos le fueran suministrados en determinada forma. No aparece pues, el error que se indicó como séptimo, ni él tenía por sí mismo en este caso, influencia en la parte resolutiva, ya que la prueba se practicó.

Los errores primero y octavo se refieren a la prueba del valor de lo devengado por el actor en cada semana, y si el valor de los descansos dominicales y festivos. Es verdad que de los documentos que se dicen mal apreciadas y del interrogatorio de parte que se afirma dejado de apreciar, se establece que el salario consistía en comisiones y participación de utilidades, por lo cual era variable, pero de esos documentos e interrogatorio no resulta nada en cuanto a lo devengado semanalmente por concepto de comisiones, que es necesario para determinar el valor del descanso dominical en los salarios variables. La inspección judicial no establece ese factor, porque solamente se reduce a verificar la existencia del aviso en la puerta de entrada.

La determinación de lo devengado en cada semana resultaría de lo expuesto por el perito, y sobre esas bases, mediante aplicación de la ley, se podría obtener el valor de los descansos, pero tal prueba según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no sirve para dar fundamento a un error de hecho. En tales circunstancias, no quedan establecidos los errores primero y octavo.

El noveno de los errores presentados, depende de la prosperidad de los anteriores, ya que si no se demuestran los primeros y se mantienen la situación de la sentencia sobre falta de acreencias laborales en el momento de la terminación del contrato, no procede la indemnización por mora, y en el caso presente por sólo considerar el fallador que se debía la indemnización, por despido que no hace proce-

dente la indemnización por falta de pago, no tenía por qué examinar la buena fe en la mora de tal indemnización.

Por lo que hace al décimo de los errores de hecho planteados, debe recordarse que la participación de utilidades a que tenía derecho el demandante, se liquidaba anualmente según el balance respectivo, por lo cual aunque el contrato de trabajo hubiera terminado el 15 de marzo de 1970, la participación de utilidades correspondiente a ese año no se podía conocer sino al año siguiente y aproximadamente en la fecha en que fue pagada, por lo cual no aparece evidente la mora que se alega respecto al no pago de esa participación.

En cuanto a que tal participación modificaba la base para la liquidación de la cesantía, las vacaciones y las primas, ha de observarse que según el recibo de folio 12, el pago corresponde a la participación de utilidades del período comprendido entre el 1º de septiembre de 1968 y el 15 de marzo de 1970, y no se sabe qué cantidad corresponde a cada uno de los años, o sea, que se hace imposible determinar el salario final para calcular la cesantía y las vacaciones, y el salario de cada semestre para determinar el monto de las primas de servicios.

Aunque se encontrara demostrado el último error de hecho, las reflexiones anteriores impedirían producir las condenas solicitadas por el recurrente y habría de mantenerse el fallo acusado, que por tal motivo no debe casarse.

No se hará condenación en costas del recurso extraordinario, pues el escrito presentado por el opositor no contiene razón jurídica alguna, sino que se limita a manifestar oposición a la casación y a solicitar que se "confirme" la sentencia acusada.

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 veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Gastón Escobar Escobar contra Industrias y Representaciones Limitada.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

EL JUS VARIANDI

O sea la facultad que tiene el patrono de modificar las condiciones de trabajo dentro de ciertos límites, emanada del poder subordinante del patrono respecto del trabajador (artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo). Las limitaciones del ejercicio de ese derecho consisten, según el Tribunal Superior, que acoge lo expuesto por varios Tratadistas, en el honor, la dignidad, la seguridad y los intereses y derechos mínimos del trabajador

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 39).

William Elasmar Baruque, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial al Banco de la República, domiciliada en Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Que entre el BANCO DE LA REPUBLICA y el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE existió un contrato de trabajo en el tiempo comprendido entre el treinta (30) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) y el seis (6) de noviembre de mil novecientos setenta (1970). SEGUNDA. Que la entidad BANCO DE LA REPUBLICA dio lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de su trabajador doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE por justas causas contempladas en la ley, e imputables al patrono, terminación unilateral que se hizo efectiva a partir del día seis (6) de noviembre de mil novecientos setenta (1970). TERCERA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la Entidad BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la cantidad de NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 90.383.10) moneda corriente, valor de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo por justas causas imputables al patrono. CUARTA. Que así mismo se condene a la Entidad BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE una pensión especial vitalicia de jubilación en cuantía de CUATRO MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 4.126.25) moneda corriente, o sea el equivalente al cincuenta y dos y medio por ciento (52.5%) del salario promedio por el demandante en el último año de servicios a la Entidad demandada y de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el BANCO DE LA REPUBLICA y el Sindicato de sus trabajadores en el año de mil novecientos sesenta y siete (1967). QUINTA. Que en subsidio de la petición anterior se condene al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE una pensión especial vitalicia de jubilación en cuantía de TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS ($ 3.242.53) moneda corriente, mensual, de conformidad con lo establecido en la Ley 171 de 1961. SEXTA. Que

igualmente se condene al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE las siguientes cantidades: a) OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 82.524.75) moneda corriente, valor del auxilio de cesantía correspondiente a todo el tiempo trabajado. Cantidad de la cual se descontará el valor que por tal concepto haya recibido legalmente el demandante. b) SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 7.859.50) moneda corriente, valor de la prima proporcional de servicios correspondiente al tiempo trabajado durante el segundo semestre de mil novecientos setenta (1970). c) SIETE MIL TRESCIENTOS PESOS ($ 7.300.00) moneda corriente, valor del auxilio educacional correspondiente al demandante de conformidad con las prestaciones extralegales existentes en la Entidad demandada. b) NOVECIENTOS PESOS ($ 900.00) moneda corriente, por concepto de auxilio de transporte para los hijos estudiantes del demandante de conformidad con las prestaciones extralegales que rigen las relaciones obrero - patronales en la Entidad demandada. e) OCHO MIL SETECIENTOS PESOS ($ 8.700.00) moneda corriente, valor de los salarios insolutos. SEPTIMA. Que se condene al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del demandante la cantidad de SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS ($ 78.595.00) moneda coriente valor de la indemnización por la incapacidad permanente parcial que sufre el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE como consecuencia de enfermedad profesional. OCTAVA. Que igualmente se condene al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a favor del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la cantidad de DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 261.98) moneda corriente, diarios, a partir del día seis (6) de noviembre de mil novecientos setenta (1970) y hasta la fecha en que se efectúe la cancelación total de las cantidades de que trata esta demanda a título de indemnización moratoria. NOVENA. Que se condene al BANCO DE LA REPUBLICA al pago de las costas del juicio".

En 54 hechos el apoderado del demandante afirma, en apretada síntesis, que el doctor William Elasmar Baruque empezó a trabajar al servicio del Banco de la República el 30 de noviembre de 1959, hasta el 6 de noviembre de 1970, en forma continua e ininterrumpida, en su carácter de Médico, siendo su salario promedio mensual en el último año de servicios de $ 7.859.50, integrado por varios factores; después de 10 años de servicios al Banco de la República tomó ciertas actitudes persecutorias contra el doctor Elasmar Baruque, tales como la de cambiar el sitio en que prestaba sus servicios, fijarle un nuevo horario, distribuyendo las visitas que debía practicar en forma acomodaticia, negándole los auxilios de educación para los hijos, objetando las cuentas sin razón alguna, poniendo obstáculos para que se cumplieran las órdenes médicas que impartía, obligándolo a practicar exámenes médicos de ingreso para otras empresas, sin pagárselos; como el doctor Elasmar Baruque protestara porque un estudiante de Medicina emparentado con el Director del Departamento Médico examinara a trabajadores del Banco, fue amenazado por funcionarios de la Entidad con el despido, difundiendo irresponsablemente dudas acerca de su idoneidad después de 10 años de servicios. En vista de la persecución de que era objeto el doctor Elasmar Baruque se afilió al Sindicato denominado Asociación de Empleados del Banco de la República, para buscar su respaldo, afiliación que provocó una mayor persecución, tal como trasladarlo a un consultorio que siempre había sido atendido por médicos que por primera vez entran a prestar sus servicios al Banco y que tiene toda clase de incomodidades, además de que implicaba una disminución de su salario por los pacientes que debía atender. Como en ese local funcionaba la Imprenta de la entidad demandada el doctor Elasmar Baruque se vio afectado por el ruido, sufriendo una disminución de su capacidad auditiva; todos estos hechos constituyeron una modificación en su contra de las condiciones de trabajo, que pro-

dujo la intervención de la Federación Médica Colombiana, de la Asociación Médica Sindical Colombiana "ASMEDAS" y de la Asociación de Empleados del Banco de la República, sin resultado favorable alguno. Con fecha de seis de noviembre de 1970 y mediante comunicación escrita dirigida al Banco de la República, el doctor William Elasmar Baruque dio por terminado el contrato de trabajo, por justas causas imputables al patrono y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7º aparte B), numerales 4º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965.

Al contestar la demanda el apoderado del Banco de la República negó los hechos, se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de inepta demanda sustantiva inexistencia de las obligaciones demandadas y pago. Fundamento principalmente su defensa en el hecho de haberse pactado en el contrato de trabajo la facultad del Banco cuando lo estime conveniente y por razones del servicio, "de fijar nuevas anexas o complementarias funciones, de determinar las dependencias o entidades, de indicar los lugares y sitios de trabajo en donde deben prestarse los servicios personales bien sea fuera o dentro del territorio nacional, de ordenar los traslados y comisiones respectivas, y el trabajador queda en la obligación de obedecer lo que EL BANCO determine al respecto".

Dentro del término legal el Banco de la República propuso demanda de reconvención para que previa declaración de que el doctor William Elasmar Baruque dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral e incausada el contrato de trabajo, se le condene a pagar al Banco de la República la correspondiente indemnización y las costas del juicio.

Fundamentó la contra-demanda en los siguientes hechos: "1º Entre el Banco de la República y el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE se suscribió un contrato de trabajo el día doce (12) de diciembre de 1959, con vigencia desde el primero de dicho mes y año. 2º En virtud de lo anterior el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE, vinculó sus servicios de profesional de la medicina al Banco de la República y continuó, salvo algunas interrupciones originadas en licencias solicitadas por él, ejecutando su contrato de trabajo en forma normal. 3º El día seis (6) de noviembre de 1970, el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE en forma intempestiva, unilateral e injusta comunicó al Banco de la República su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir de la misma fecha. 4º Ante los términos empleados por el trabajador en la expresada comunicación, el Banco de la República en carta del 10 de noviembre de 1970, aceptó la renuncia dejando constancia de que la ruptu del contrato era intempestiva e injusta y rechazando las afirmaciones y deducciones hechas por el empleado. 5º Al liquidar las prestaciones sociales del empleado, el Banco de la República retuvo el valor equivalente a treinta días de salario, en ejercicio de la facultad que el artículo 8º, numeral 7º del Decreto 2351 de 1965, otorga a los patronos en caso de ruptura intempestiva del contrato por parte del trabajador. 6º El valor equivalente a dicha retención fue depositado por el Banco de la República a órdenes del Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, según título número 778121 del 13 de noviembre de 1970, el cual fue enviado a dicho juzgado por medio de carta de 17 del mismo mes y año, suscrita por el Director del Departamento de Relaciones Industriales del Banco de la República. 7º Por la ruptura intempestiva e injusta del contrato de trabajo, el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE adeuda al Banco de la República una indemnización equivalente a treinta días del salario que devengaba al servicio de la entidad".

No aceptó los hechos el apoderado de William Elasmar Baruque y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa o título en la contrademandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia del conocimiento, que lo fue el Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, decidió el doble proceso en los siguientes términos:

"I. DEMANDA PRINCIPAL.

"PRIMERO. CONDENASE A LA Entidad BANCO DE LA REPUBLICA domiciliada en Bogotá y representada legalmente, a pagar a favor de WILLIAM ELASMAR BARUQUE, de condiciones civiles conocidas

en autos, las siguientes cantidades y por estos conceptos:

"a) INDEMNIZACION POR DESPIDO $ 84.868.71 moneda corriente, conforme lo dicho en la parte motiva.

"b) PENSION ESPECIAL VITALICIA DE JUBILACION la suma de $ 3.902.72 mensual a partir del día 6 de noviembre de 1970 en adelante.

"c) AUXILIO DE CESANTIA $ 81.316.42 moneda corriente.

"d) PRIMA DE SERVICIOS $ 2.580.88 moneda corriente.

"e) SALARIOS INSOLUTOS $ 7.433.75 moneda corriente.

"f) INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD (Enfermedad Profesional).

"g) INDEMNIZACION MORATORIA la suma de $ 247.79 diarios a partir del día 6 de noviembre de 1970 hasta cuando se satisfagan las condenas a que se contrae esta sentencia respecto de las prestaciones y salarios.

"h) COSTAS en un 70%. SEGUNDO. ABSUELVESE a la Entidad BANCO DE LA REPUBLICA, legalmente representada de las demás súplicas contenidas en la demanda principal. TERCERO. DECLARASE parcialmente probada la Excepción de PAGO en cantidad $ 76.019.62. DECLARASE no probada las demás Excepciones. DEMANDA DE RECONVENCION. 1º) ABSUELVESE a WILLIAM ELASMAR BARUQUE de condiciones civiles conocidas en autos de las pretenciones hechas por el BANCO DE LA REPUBLICA a través de su Procurador Judicial. 2º) CONDENASE en costas al Banco de la República todo con fundamento en lo expresado en la parte motiva".

Apelaron ambas partes. El **Tribunal Superior del Distrito Judicia de Bogotá**, decidió la alzada en sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, que resolvió:

"1º) MODIFICAR los literales a), b), d), e) y g) del Punto Primero (1º) del fallo de la demanda principal, apelado, y en su lugar, dispone: a) CONDENAR a la entidad BANCO DE LA REPUBLICA representada por su Gerente o quien haga sus veces, a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE de las condiciones anotadas en autos, la suma de OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS CON TRECE CENTAVOS ($ 87.880.13) moneda corriente, por concepto de INDEMNIZACION POR DESPIDO. b) CONDENAR al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE, la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON NUEVE CENTAVOS ($ 8.848.09) moneda corriente, MENSUALES a partir del día 7 de noviembre de 1970, por concepto de PENSION ESPECIAL VITALICIA DE JUBILACION. c) CONDENAR al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la suma de DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($ 2.672.28) por concepto de PRIMA DE SERVICIOS PROPORCIONAL correspondiente al segundo semestre de 1970. d) CONDENAR al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE, la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS ($ 7.688.19) moneda corriente, por concepto de SALARIOS INSOLUTOS. e) CONDENAR AL BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 2.818.97) por concepto de INDEMNIZACION MORATORIA. 2º REVOCAR los literales c) y f) del punto primero del fallo apelado de la demanda principal, y en su lugar dispone ABSOLVER a la entidad BANCO DE LA REPUBLICA de las peticiones por concepto de AUXILIO DE CESANTIA, e INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. 3º REVOCAR el punto TERCERO (3º) del fallo de la demanda principal, apelado. 4º CONFIRMAR en lo demás el fallo de la demanda principal. 5º CONFIRMAR en todas sus partes el fallo de la demanda de Reconvención. 6º CONDENAR EN COSTAS de la segunda instancia al BANCO DE LA REPUBLICA, como demandante en reconvención. 7º SIN COSTAS en esta instancia sobre la demanda principal".

Salvó el voto el Magistrado Ismael Coral Guerrero.

Recurrieron en casación ambas partes. Concedido el doble recurso por el Tribu-

nal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de las demandas extraordinarias y de las respectivas réplicas de las partes en cuanto opositores. Se examinará en primer término el recurso del Banco de la República por perseguir la absolución total.

Recurso del patrono demandado

Pretende el recurrente que la sentencia impugnada sea casada parcialmente, en cuanto, por su ordinal 1º, modificó los literales a), b), d) y g) del punto primero del fallo de primer grado, por su ordinal 5º confirmó el punto segundo del mismo fallo sobre absolución del contrademandado respecto de las súplicas contenidas en la demanda de reconvención, y por su ordinal 6º condenó a mi mandante en las costas de primer grado, a fin de que esa Honorable Sala de la Suprema Corte, en función de instancia, absuelva al Banco de la República de todo cargo y condene al doctor William Elasmar Baruque en los términos de la citada demanda de reconvención".

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Como infracción de medio, violación por interpretación errónea de los artículos 21, 22, 23, 39, 43 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 1º, 9º, 14 y 18 ibídem, y como consecuencia de ello, violación por aplicación indebida del Decreto 2351 de 1965 (adoptado por la Ley 48 de 1968), artículo 7º, letra B), ordinales 4º, 5º, 6º, 7º y 8º y su parágrafo, en relación con los Arts. 55, 56, 57-2, 57-4 y 55-5 del Código; aplicación indebida del artículo 8º, ordinales 2, 4-D, 37 y 38 del mismo Decreto, como también de los artículos 57-4, 65, 306, 461, 467, 468, 476 y 260 del Código, en relación con el Decreto 2351 de 1965, artículos 37 y 38 y artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador anuncia que comenzará el estudio del caso por 'examinar la eficacia legal de la cláusula contractual' sobre traslado del empleado de un lugar a otro, que conviene transcribir textualmente: 'Las partes acuerdan libremente que el Banco queda con facultad, cada vez que así LO ESTIME conveniente por las necesidades del servicio, de determinar las dependencias o entidades DE INDICAR LOS LUGARES Y SITIOS DE TRABAJO en donde deben prestarse los servicios personales, bien sea fuera o dentro del territorio nacional; DE ORDENAR LOS TRASLADOS o comisiones respectivas, y el trabajador queda en la obligación de OBEDECER LO QUE EL BANCO DETERMINE al respecto' (folio 57). Pero desde el principio equivoca el camino, por acogerse a la doctrina de los comentaristas extranjeros sobre el jus variandi, sin percatarse de que todas ellas, aún en los mismos fragmentos que copia la sentencia, se refieren con ese nombre al derecho patronal implícito en la potestad de mando que caracteriza todo contrato o relación de trabajo dependiente, A FALTA DE ESTIPULACION CONTRACTUAL. Por eso habla Ferrari del 'derecho del empleador de MODIFICAR dentro de ciertos límites las condiciones del contrato'; Caldera de 'la potestad conferida al empresario para MODIFICAR, POR SI, la forma, modo o LUGAR de las prestaciones en interés de la producción'; Manuel Alonso García de 'MODIFICACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL EMPRESARIO', quien agrega: 'Más factible, y desde luego mucho más frecuente, es el CAMBIO de horario, de trabajo o función, o DE LUGAR, en cualquiera de estos casos habrá que estarse en primer lugar a lo que las partes, en uso del margen que a la autonomía de la voluntad dejan las normas, hubiesen convenido'. Pozzo expresa: 'Este poder del EMPRESARIO para MODIFICAR POR SU SOLA VOLUNTAD ciertas condiciones del contrato laboral, constituye una facultad denominada jus variandi, añadiendo: 'Naturalmente que la afectación del DERECHO A LA INVARIABILIDAD debe referirse a situaciones rechazadas por el empleado en el momento en que la medida es comunicada, pues su cumplimiento por parte del trabajador importaría un reconocimiento tácito'. Son transcripciones de la propia sentencia que impugno. El llamado jus variandi por los autores citados en el fallo se refiere a los casos en que las partes no han

acordado expresamente la facultad empresarial de trasladar al empleado de un lugar a otro 'cuando lo estime conveniente'. Por eso hablan de la afectación del 'derecho a la invariabilidad' del lugar pactado, y de la 'modificación del contrato por voluntad unilateral del empresario' en vez del ejercicio de una facultad consignada en el mismo contrato. Nuestra legislación positiva, en cambio, es más rígida que las comentadas por esos laboralistas insignes, pues entre nosotros se presume la INVARIABILIDAD del lugar acordado en el contrato, y no puede otorgársele por la jurisprudencia o la doctrina el **jus variandi** al empresario, capaz de modificar, POR SU SOLA VOLUNTAD, ese lugar de trabajo convenido. Pero obviamente se permite también que en el mismo contrato se le confiera al empresario, con limitaciones, condiciones y requisitos o sin ellos, la potestad de traslado del empleado, de un lugar a otro. Entender que en los artículos 22 y 23 del Código colombiano, cuando se da facultad de mando al patrono y se la define; o en el 39, cuando se pide a las partes que consignan por escrito, el lugar en donde haya de prestarse el servicio', o en el 55, sobre la buena fe que preside el comercio contractual, queda consagrado el **jus variandi** de que hablan los autores citados como facultad patronal para variar el lugar convenido, es una interpretación errónea, como lo es entender esos preceptos como incompatibles con el otorgamiento, por cláusula expresa del contrato escrito, de la facultad al patrono para trasladar el empleado de un sitio a otro, sin que eso sea MODIFICAR el contrato sino precisamente aplicarlo. Las limitaciones que la doctrina extranjera ha tenido que imponerle al supuesto **jus variandi** (derecho a VARIAR lo estipulado en el contrato) en defensa del trabajador, tales como la aquiescencia expresa o tácita de éste a la modificación unilateral de sus condiciones anteriores, la equivalencia de los salarios, la similitud de medios geográficos, de comodidades familiares y sociales etc., no pueden predicarse lícitamente respecto del DERECHO DE TRANSFERENCIA que, en el sistema legal colombiano, sólo se concibe como otorgado por ambas partes en el propio contrato, pero entonces solamente con las limitaciones y condiciones que las partes contratantes hayan previsto. De no ser así, muchas relaciones laborales, en el sector público y en el privado, no podrían establecerse; porque hay actividades que requieren la movilidad, la transhumancia, el intercambio de los empleados u operarios: En la navegación, en las fuerzas armadas, en las empresas con agencias y sucursales en muchas ciudades, etc., sería imposible, sin prescindir de la atención a los usuarios, beneficiarios o clientes, que el subalterno pudiera negarse al traslado alegando que el camarote en un barco es menos confortable que en otro, que el clima en un cuartel es menos benigno que en otro, que el consultorio médico en una región está mejor dotado que el de otra, etc..

Y es en esas actividades en donde hay que estipular el derecho de transferencia sin condiciones ni limitaciones. La errónea interpretación de las disposiciones legales mencionadas en el cargo, indujo al sentenciador a aplicar el contrato suscrito por el doctor Elasmar con el Banco el mismo criterio limitante del **jus variandi**, extranjero, por lo cual encontró que la orden de traslado del médico, desde el consultorio central hasta otro de Bogotá, en la Imprenta de Billetes, equivalía a un despido. En consecuencia condenó al Banco a pagar la indemnización prevista en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 para el despido injusto, la pensión prematura contemplada en las convenciones colectivas para el mismo evento (cuya obligatoriedad proviene de los artículos 467, 468, 461 y 476 del Código, en relación con los artículos 260 **ibídem** y 8º de la Ley 171 de 1961), la prima de servicios del artículo 306 del Código, no siendo pertinentes".

El opositor dice que el patrono recurrente involucra cuestiones de hecho en la acusación por interpretación errónea, como es la de la apreciación de una cláusula del contrato; que no hay coincidencias en el aspecto fáctico y probatorio entre la demanda y la sentencia, pues mientras el Tribunal Superior estudia todas y cada una de las causas invocadas por el patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, el acusador únicamente se limita al simple derecho de transferencia pactado

en una cláusula contractual y que no es cierto que el fallador hubiera hecho un estudio o análisis de las normas que la demanda señala como interpretadas erróneamente.

El Tribunal Superior, por su parte, dijo lo siguiente sobre la terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador:

"Como quiera que el demandante se apoya, para impetrar indemnización por despido, en una pretensa renuncia obligada por las circunstancias determinadas de causa del traslado del trabajador y de modificaciones al contrato de trabajo en punto a las labores ejecutadas por el demandante en relación con el lugar de trabajo, la remuneración y otros aspectos por los cuales se sintió desmejorado el actor, es preciso, para determinar ulteriormente si en verdad se operó la figura típica del despido indirecto, en primer lugar examinar la eficacia legal de la cláusula contractual atrás mencionada y transcrita, es decir, si corresponde a un correcto ejercicio del jus variandi o no, entendiendo por tal, en una forma amplia, como dijera Manuel Alonso García, 'cualquier modificación unilateral independientemente de su origen', pero que siempre ha sido entendido por los autores como un derecho subjetivo del empleador, un poder exclusivo del patrono para alterar las condiciones de trabajo pero desde luego sujeto su ejercicio a obvias limitaciones. Es así como Francisco de Ferrari, por ejemplo, refiriéndose al jus variandi, lo entiende como 'el derecho del empleador de modificar dentro de ciertos límites las condiciones del contrato de trabajo'; y para la doctrina laboral, como lo afirma Caldera, 'el jus variandi que constituye una potestad conferida al empresario para modificar, por sí, la forma, modo o lugar de las prestaciones en interés de la producción'. Es innegable que el ius variandi descansa sobre el poder de dirección del empleador dentro de un criterio amplio de lo que es dirección, entendiendo dentro de este concepto aspectos técnicos, disciplinarios y jerárquicos. Estima la Sala acudir a los tratadistas que más se han ocupado de la materia, para una mayor ilustración acerca del criterio de la Corporación en torno al análisis de la cláusula contractual del caso de autos, sobre la cual descansa el éxito o fracaso de la pretensión sobre indemnización por despido. Dice el Profesor Manuel Alonso García, refiriéndose al contenido del ius variandi: 'No es fácil trazar una clasificación que abarque todos los casos posibles de ius variandi. Puede, no obstante, intentarse una formulación esquemática que recoja en sus cuadros la significación fundamental de los supuestos comprensibles como de modificación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. En vista de ello, nos podemos referir a las siguientes manifestaciones del poder modificativo de la voluntad empresarial: a) atendiendo al elemento de la relación laboral más directamente afectado, según sea ésta el salario, el tiempo, el lugar, o la propia función profesional o trabajo desempeñado; b) según que el cambio tenga carácter puramente temporal y transitorio, o sea definitivo; c) carácter normal o excepcional de la variación, derivada, la primera, del propio poder directivo del expresario y fundada, a su vez en razones internas de la empresa; y surgida, la segunda, por causas extrañas a la empresa misma. Entre los elementos de la relación laboral afectados más frecuentemente por la alteración son, sin duda, los cuatro enumerados, los que presentan un punto de incidencia más común e interesante. Por lo que al salario respecta, sin embargo, el problema no ofrece a nuestro juicio, demasiadas dificultades, no tanto por el planteamiento en sí cuanto por resultar prácticamente inimaginable una modificación unilateral del salario en cuantía que perjudique al trabajador. Más factible, y desde luego mucho más frecuente, es el cambio de horario, de trabajo o función y de lugar. En cualquiera de estos casos habrá que estar en primer lugar a lo que las partes, en uso del margen que a la autonomía de la voluntad dejan las normas, hubiese convenido, a los preceptos normativos legales o nacidos de convenio colectivo y a los usos y costumbres'. (Curso de Derecho del Trabajo página 553-554). Dentro de la noción precedente sobre ius variandi, como puede verse se mantiene siempre incólume el principio general rector de la contratación individual de trabajo de la invariabilidad de la prestación de trabajo que no puede ser alterada por

la simple voluntad del empleador **ad líbitum** sino dentro de aquellas limitaciones que no desvirtúen la intención de las partes y de manera especial la del trabajador como la parte económica y socialmente más débil de la relación de trabajo. Por esto resulta ajustable a esta idea expuesta, la opinión de Juan D. Pozzo expresada en su 'Manual de Derecho del Trabajo', cuando dice: 'Es claro que el principio de la invariabilidad no es absoluta y que debe ser interpretado a través del poder de dirección que en sentido técnico, económico y disciplinario corresponde al empleador para cumplir con el desenvolvimiento de la empresa, poder que debe prevalecer dentro de ciertos límites. Este poder el empresario para modificar por su sola voluntad ciertas condiciones del contrato laboral, constituye una facultad denominada **jus variandi**, que por emanar del poder de dirección, no puede ser ejecutada sino dentro de los límites de la organización y desenvolvimiento de la empresa, para no afectar los intereses, el honor o la seguridad del empleo'. Y más adelante agrega: 'No es posible deducir a una definición que precise el **jus variandi** como facultad del empleador, porque caeríamos en la vaguedad, o bien en una enunciación inacabable, ya que tendríamos que contemplar las numerosas y distintas situaciones que se presentan en la realidad. Apenas podemos establecer como regla general que esta facultad debe ser utilizada por el empleador respondiendo al principio de buena fe que debe prevalecer en las relaciones laborales y destinada a resguardar las necesidades técnicas o administrativas de la empresa, sin que disminuya la remuneración del empleado o su jerarquía o le crea una situación humillante e injuriosa, o le obligue a adaptarse con esfuerzo a las nuevas funciones, o le apareje incomodidades que realmente no fueron las previstas a la celebración del contrato laboral.

"De todos modos, en caso de discrepancia, es al criterio judicial a quien cabe analizar y decidir si las medidas tomadas por el empleador al modificar condiciones de trabajo —cambio de tareas, horarios, lugar, etc.— han sido ejercidas dentro de los límites de razonabilidad y justicia que deben predominar en la ejecución del contrato laboral sin que afecten el principio de invariabilidad de la prestación'. Y concluye el autor citado: 'Naturalmente que la afectación del derecho a la invariabilidad debe referirse a situaciones rechazadas por el empleado en el momento en que la medida es comunicada, pues su cumplimiento por parte del trabajador importaría un reconocimiento tácito'. Dentro del marco conceptual precedentemente enunciado, la cláusula primera del contrato de trabajo visible a folios 57 a 60 del expediente suscrito entre las partes, se tiene que la prestación de servicios del profesional demandante como Médico del Personal del Banco y de sus Dependencias, cae bajo el imperio del **jus variandi** en punto al ejercicio del poder de dirección de la entidad empleadora para desplazar al trabajador dentro de las distintas dependencias del Banco a desempeñar sus funciones como las necesidades del servicio lo determinen; desde luego que entiende el Tribunal que se trata de movilización temporaria o transitoria del médico, y no cambio definitivo de lugar de trabajo u oficina de base. Así mismo en el aspecto del horario o jornada de trabajo, igualmente la cláusula en estudio en principio no desborda los límites de lo que es el **jus variandi** como poder del empresario para modificar tales situaciones de horarios y jornada con arreglo desde luego a las limitaciones que por ser le impone el ejercicio de este derecho, como el de cualquier otro que posee el patrono por razón de la celebración misma del contrato de trabajo. Y en lo atinente al elemento funcional, o sea al relativo a la labor profesional y desempeño del cargo, si bien es cierto que la estipulación contractual establece que el Banco: '...queda con la facultad, cada vez que así lo estime conveniente por las necesidades del servicio, de fijar nuevas, anexas o complementarias funciones...', no es menos evidente que consagrada en los términos expresados no pasan de ser la manifestación auténtica del **jus variandi** teóricamente, pero que desde luego y aunque ello no se diga en el convenio, de suyo debe entenderse que para la validez de los actos que en ejercicio de ese poder se ejecuten por la entidad bancaria están las limitaciones que el honor, la dignidad, la seguridad y los intere-

ses y derechos mínimos del trabajador le imponen a ese ejercicio del poder empresarial. En consecuencia, el texto de la cláusula del contrato laboral que se analiza, a juicio de la Sala no rebasa teóricamente los preceptos legales vigentes. Queda entonces, ahora, por analizar en el caso concreto de autos, el ejercicio mismo del jus variandi por el empleador, o sea la entidad demandada, a la luz de los distintos elementos de prueba que obran en el proceso, con el fin de establecer si se hizo correcto uso del jus variandi por el empleador o si por el contrario se está ante un caso de despido indirecto, dadas las circunstancias atrás mencionadas de la renuncia del trabajador demandante que apoyó en lo que denomina 'causa imputable al Banco de la República' ".

Luego de hacer un amplio análisis de las pruebas continúa el fallador de segunda instancia:

"Revisado el acervo probatorio y analizados los distintos elementos instructorios enunciados precedentemente, tanto los documentales como la prueba testimonial estimada por la Sala, así como los hechos constatados en la inspección judicial con el auxilio informativo del dictamen pericial en cuanto tenga de estimable jurídicamente, la Sala encuentra en forma exclusiva del estudio realizado a las mencionadas probanzas, que el traslado que la entidad demandada hizo al demandante, si bien es cierto que lo fue en ejercicio del jus variandi, que en aspectos como el atinente al cambio de horario, aunque inicialmente fue un acto unilateral del empleador, no rebasó los límites normales de acuerdo con la doctrina sobre el jus variandi o poder de dirección patronal, toda vez que la posterior conducta del Banco al solicitarle al trabajador manifestar el horario que le conviniera con el traslado, como aparece demostrado con las pruebas de interrogatorio de parte del representante legal de la demandada y del propio demandante, no es menos cierto que la traslación del trabajador demandante en el caso de autos, tomada en conjunto con todas sus consecuencias y no los distintos aspectos por separado, lleva a concluir que el status laboral del médico actor fue alterado notablemente en sus características económicas, por cuanto el salario en su parte variable y potencial de las consultas se vio reducido a partir del cambio de oficina de trabajo con el paso de las oficinas principales a la Imprenta de Billetes. Lo mismo puede predicarse de la modificación sustancial que en el aspecto social sufrió el trabajador por causa de la localización geográfica y urbanística del nuevo lugar de trabajo así como por las incidencias que se reflejaron en la salud del trabajador a causa del ambiente de ruido que le aparejó el cambio de sitio de trabajo, como aparece demostrado no sólo con testimonios de sus colegas a excepción del Director del Departamento Médico atrás mencionado, sino con las pruebas técnicas periciales traídas al proceso, que reportaron una disminución de la capacidad auditiva del empleado a la terminación del contrato de trabajo. Además el factor incomodidad, a juicio de la Corporación, se hizo manifiesto con el traslado de las oficinas principales a la Imprenta de Billetes, pues es obvio y notorio que una persona no puede trabajar con la misma comodidad en oficinas de predominancia de labores intelectuales a dependencias donde se ejecutan trabajos típicamente industriales, ni tampoco puede considerarse que no altera notablemente las condiciones de trabajo cuando se afecta el acto transporte de o al lugar de trabajo; y en el caso sub lite es ostensible la diferencia al respecto de quien como el actor, después de muchos años de ejercer su profesión de médico al servicio de la entidad demandada en sus oficinas principales situadas en un sitio decoroso y céntrico de la ciudad como lo es la carrera 7ª con Avenida Jiménez, es trasladado a desempeñar las mismas funciones, conservando desde luego su status de profesional de la medicina, a una dependencia de la entidad bancaria situada en la calle 13 con carrera 35 de la misma ciudad. Para el Tribunal, la mutación de las condiciones de trabajo que aparece de bulto en las pruebas documentales mencionadas, en los testimonios de los doctores Gustavo Restrepo (folios 266-279), Rubén Salazar (folios 280-289), Tiberio Guáqueta (folios 292-296) (297-307 y 309-313) y de la señora Bertha Gartner de Posada (folios 381-387) corroboradas con la inspección judicial (folios 395-409 y

510-524) con el auxilio en cuanto tiene de aplicación el dictamen pericial (folios 534-696) fueron lesivas de la dignidad del trabajador y por ende lo colocaron en lo que la doctrina purista del derecho laboral denomina 'situación de despido' para distinguirla del despido mismo y que el decir de Cabanellas: '...es aquella en que directamente se encuentra el trabajador obligado a disolver el contrato por hechos imputables al patrono', o como diría Martina Gatharino, 'dimisión provocada' que es la que en virtud del acto volitivo unilateral del trabajador al renunciar, constituye la fuente mediata de la obligación patronal de indemnizar. Se trata pues, a juicio de la Sala en este evento, de un típico 'Despido Indirecto'.

De otra parte observa igualmente el Tribunal en el caso **sub judice**, que el traslado del trabajador, ordenado por la entidad demandada, de acuerdo con el examen del haz probatorio que se ha tenido al alcance de la estimación de la Corporación, que si en principio pudo hablarse del simple ejercicio del jus variandi por la entidad empleadora, también, conforme a los elementos de convicción que han obrado en el plenario, es ostensible el rebasamiento de los límites de esa facultad direccional del patrono ya que no aparece demostrado por la demandada el motivo justificador del traslado pues, como ha sido entendido por los autores, 'Para que sea lícito cualquier acto decidido unilateralmente por el empresario, cuando modifique las condiciones contractuales, debe estar ineludiblemente inspirado en imperativos de la producción y en las necesidades de la empresa', es decir, que cuando se violan las fronteras del jus variandi, se penetra al campo del abuso del derecho por el ejercicio arbitrario del poder discrecional que aquel conlleva y para que ello no ocurra, es menester atender a los imperativos que en beneficio de la producción y de la economía o de las necesidades justificadas de la entidad empleadora se vio obligada a efectuar la alteración de las condiciones de trabajo, circunstancia esta que le impone a su vez al patrono la carga de demostrarles, lo que en el evento de autos no ocurrió. De ahí la razón para que la doctrina haya dicho que la facultad denominada jus variandi 'esté sujeta a limitaciones en su ejercicio para no anular o disminuir el principio de la invariabilidad de la prestación de trabajo convenida' como lo afirma Juan D. Pozzo (Manual Teórico Práctico de Derecho del Trabajo, página 510). De acuerdo con las nociones precedentemente expuestas y lo evidenciado en los autos, se puede concluir que, habiéndose demostrado el traslado y cambio de las condiciones de trabajo en la relación individual entre el demandante y la entidad demandada, llevados a cabo por ésta y que ocasionaron alteración sustancial en aquéllas, de manera especial en cuanto al factor lugar de trabajo con las secuelas económicas, sociales y morales expresadas atrás, constituyen, en el lenguaje de Russomeno, 'un acto del empresario por el cual se crean condiciones que imposibiliten la continuidad de la prestación de los servicios', cuando el autor citado define el despido indirecto. Ahora bien: encontrado el motivo de la disminución del trabajador como imputable a la entidad empleadora corresponde a ésta indemnizar por abuso del derecho en que incurrió al provocar la ruptura del vínculo jurídico - laboral amparado por la vocación por permanencia. Por manera que en este evento es forzoso concluir que prospera la petición por concepto de indemnización 'por terminación unilateral del contrato de trabajo por justas causas imputables al patrono', que al ser liquidada con fundamento en un contrato a término indefinido, que fue el que vinculó al actor con la entidad empleadora, el tiempo de servicios y el último salario devengado, le corresponde la suma de $ 87.880.13 por aplicación del artículo 8º numeral 4º, literal d) del Decreto 2351 de 1965, que deberá pagar la demandada al demandante, modificándose en consecuencia la condenación del sentenciador de primer grado".

Se considera

El jus variandi, **o sea la facultad que tiene el patrono de modificar las condiciones de trabajo dentro de ciertos límites, emana del poder subordinante del patrono respecto del trabajador (artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo). Las limitaciones del ejercicio de ese derecho**

consisten, según el Tribunal Superior, que acoge lo expuesto por varios tratadistas, en el honor, la dignidad, la seguridad y los intereses y derechos mínimos del trabajador.

La interpretación del ad quem es correcta a juicio de la Sala, no sólo porque el poder de dirección no es absoluto, sino también porque la subordinación a que está sometido el trabajador no significa que pueda ser lesionado en su honor, dignidad, seguridad y derechos mínimos, ni que se cambie esencialmente la materia objeto del contrato de trabajo, por cuanto éste debe ejecutarse de buena fe (artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo), con mutuo respeto de las partes dentro de la órbita acordada por las mismas para la realización del contrato. Principios éstos que tienen su fundamento en la doctrina y en normas de nuestro Derecho Positivo como son, además de las citadas, y entre otras, el artículo 57, obligación 5ª del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 7º, causal 7 del aparte B) del Decreto 2351 de 1965.

Estas limitaciones del jus variandi no se eliminan por la simple circunstancia de pactar las partes que el patrono queda con facultad, cada vez que lo estime conveniente por las necesidades del servicio, de hacer una serie de variaciones en relación con los sitios y lugares de trabajo, tanto en la empresa como en el territorio nacional y ordenar los traslados y comisiones, por que una cláusula así pactada debe ajustarse a los principios ya vistos, sin que sea dable interpretarla en el sentido de que con ella es posible afectar la dignidad, la seguridad y el honor de los trabajadores, o sus intereses y derechos mínimos, ni tomar como razones válidas aquéllas que condujeran a esas afectaciones.

Otra cosa es que las variaciones introducidas por el patrono no lesionen la dignidad, el honor, la seguridad o los intereses y derechos mínimos del trabajador o no modifiquen esencialmente la materia objeto del contrato. Pero esto constituiría una cuestión de hecho y no una interpretación errónea de las normas indicadas como violadas por ese concepto por el recurrente, y que, se repite, fueron interpretadas corrientemente, así como aquéllas de las cuales se deducen los principios tenidos en cuenta por el fallador de segunda instancia, y las que señalan directrices para la aplicación e interpretación de las leyes del trabajo.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Segundo cargo

"Violación indirecta, por aplicación indebida del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, artículo 7º, letra b), ordinales 4º, 5º, 6º, 7º y 8º y su parágrafo, en relación con los Arts. 55, 56, 57-5 del Código; aplicación indebida del artículo 8º, ordinales a, 4-D, 37 y 38 del mismo Decreto, como también de los artículos 57-4, 65, 306, 461, 467, 468, 476 y 260 del Código, en relación con el Decreto 2351 de 1965, artículos 37 y 38 y artículo 8º de la Ley 171 de 1961. En estas infracciones incurrió el sentenciador por equivocada apreciación del contrato de trabajo visible a folios 57 a 60; de la orden de traslado (folio 65); de las respuestas del doctor William Elásmar al interrogatorio de parte (f); de la nota sobre ruptura unilateral del contrato (f); de las declaraciones de los doctores Gustavo Restrepo (f); Rubén Salazar (f); Tiberio Guáqueta (f) y Carlos Gómez (f); y la señorita Bertha Gartner (f); de la inspección ocular y del dictamen pericial. Lo cual lo indujo a dar por demostrado, sin estarlo, que el traslado del doctor Elásmar le fue impuesto sin su consentimiento; que las condiciones del consultorio a donde se le trasladó eran intolerables para un profesional, y que ese traslado le implicó una disminución salarial; como también al no tener por probado, estándolo, que el doctor Elasmar consintió tácitamente en su traslado al cumplirlo inmediatamente y aguardar casi seis meses para valerse del mismo como pretexto de su renuncia intempestiva. El sentenciador aprecia equivocadamente el contrato de trabajo pues la facultad que las partes acordaron para que el Banco, a su arbitrio, pudiera mover al doctor Elasmar en cualquier tiempo de un lugar o otro, la entiende limitada por la imposible equivalencia de los dos consultorios, el anterior y el nuevo (en el cual, entre otras cosas, había trabajado casi dos años, como lo confiesa el actor al absolver el inte-

rrogatorio de parte), de los dos sitios (el de la carrera 7ª con el de la carrera 35) de los dos grupos humanos (el de los altos empleados y el de los obreros de la Imprenta). Sin advertir que la estipulación sobre libre transferencia se aplica precisamente porque, sin ella, el Banco no podría garantizar los mismos servicios médicos a todos sus empleados en las distintas zonas de Bogotá y en las diversas ciudades de los departamentos y de las intendencias y comisarías donde tiene sucursales, agencias y oficinas. La jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esa Honorable Sala de la Corte tiene recibido que inclusive las modificaciones unilaterales del contrato, sobre remuneraciones, sitio de trabajo, jornada, etc., se entienden aceptadas por el trabajador cuando éste no da por terminado el contrato inmediatamente, sino que deja transcurrir varios meses en las nuevas condiciones. Aquí, entre la orden de traslado en mayo de 1970, y la renuncia de noviembre de ese año, transcurrieron casi seis meses. La consecuencia de los errores de hecho evidenciados fue la aplicación de las normas que regulan la indemnización por despido injusto, la pensión convencional por el mismo motivo, el reajuste de la prima de servicios del último semestre calendario y aún la indemnización moratoria por los seis de plazo, previsto en el contrato escrito de trabajo, para la consignación judicial de las prestaciones, normas no pertinentes que aparecen individualizadas en el cargo".

Se considera

La cláusula primera del contrato de trabajo que rigió las relaciones entre las partes (folio 57), dice en lo pertinente:

"Las partes acuerdan libremente que el Banco queda con la facultad cada vez que así lo estime conveniente por las necesidades del servicio de fijar nuevas, anexas o complementarias funciones de determinar las dependencias o entidades, de indicar los lugares y sitios de trabajo en donde deben prestarse los servicios personales bien sea fuera o dentro del territorio nacional, de ordenar los traslados o comisiones respectivas y el trabajador queda en la obligación de obedecer lo que el Banco determine al respecto",

Entendió el Tribunal Superior que el cambio de consultorio en el cual prestaba sus servicios el médico doctor Elásmar Baruque por otro, fue lesivo de la dignidad del trabajador, no sólo por la diferencia entre ambos, sino también por las circunstancias siguientes: reducción del salario en la parte variable y potencial de las consultas; modificación sustancial en el aspecto social por causa de la localización geográfica y urbanística; disminución de la capacidad auditiva que le produjo el cambio de sitio de trabajo; incomodidad manifiesta originada por el traslado a dependencias donde se ejecutan trabajos típicamente industriales, y por afectarse el transporte al lugar del trabajo.

De modo que si el fallador de segunda instancia estimó que las circunstancias anotadas lesionaban la dignidad, la seguridad y los intereses del trabajador y constituían motivo para que éste diera por terminado el contrato de trabajo con justa causa, no apreció erróneamente la cláusula primera del contrato de trabajo, porque la facultad de variar las condiciones de trabajo por parte del patrono, como emanación de su poder subordinante, sea que se encuentre expresa o implícitamente consagrado en la ley, o estipulado por las partes, está limitado por dichas circunstancias, como se dijo al estudiar el cargo primero. Y mientras la existencia de las mismas no haya sido desvirtuada a través de la acusación que se hace en el recurso, constituyen fundamento suficiente de la conclusión fáctica contenida en la sentencia impugnada.

Cuanto a la errónea apreciación de la confesión contenida en el interrogatorio de parte, al absolver la novena pregunta del interrogatorio a que fue sometido en el proceso inicial, que dice: "Diga usted, cómo es cierto sí o no, que Usted no inició la prestación de sus servicios al Banco de la República en las Oficinas de la Imprenta de Billetes?", el doctor William Elásmar Baruque contestó: "Sí es cierto y aclaro: inicialmente eramos pocos médicos y un día por semana, en las horas de la mañana, viajaba cada médico, o alguno de los médicos, a hacer consulta en el consultorio de la Imprenta. El resto del tiempo y la sede principal del trabajo estaban en la Oficina principal del Banco de la Repú-

blica. Posteriormente, tal vez dos años después, ingresó el doctor Rubén Salazar a quien se le dejó encargado de la consulta de la Imprenta en las horas de la mañana. Más tarde, al ingresar el doctor Gustavo Restrepo, éste profesional completó la consulta de la Imprenta atendiéndola en las horas de la tarde y por espacio de casi ocho (8) años yo no volví a bajar a consulta a la Imprenta". De la respuesta se concluye que el demandante trabajó aproximadamente durante los dos primeros años en el consultorio de la Imprenta de Billetes, un día a la semana por turno que hacía con otros médicos, y que luego dejó de trabajar allí por ocho años aproximadamente. Estos hechos, lejos de acreditar que no hubo desmejoramiento de las condiciones de trabajo, podrían ser indicativos de lo contrario, pues el doctor Elásmar Baruque comenzó a trabajar en el Consultorio de la Imprenta de Billetes un día a la semana, y luego fue relevado de tal obligación durante ocho años, por lo cual no contraría la evidencia la deducción del ad quem de que el traslado después de ocho años al lugar en donde comenzó a prestar sus servicios afectaba la dignidad del profesional, situación que lo obligó a dar por terminado el contrato de trabajo.

En relación con el error de hecho consistente en no haber dado el Tribunal Superior por probado que el doctor Elásmar consistió tácitamente en su traslado al cumplirlo inmediatamente y aguardar casi seis meses para valerse del mismo como pretexto de su renuncia intempestiva, al sustentar el cargo el recurrente no precisa las pruebas cuya errónea apreciación dio origen a dicho error, que en consecuencia no se ha demostrado.

No analiza la Corte si la Inspección Ocular fue apreciada erróneamente, por cuanto nada argumenta el impugnador sobre el particular. Lo mismo sucede con los testimonios enunciados y el dictamen pericial, que por lo demás escapaban al examen de la Corporación, dadas las limitaciones del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y por no haberse demostrado error en las pruebas que dicha norma señala como originarias, por su apreciación errónea o inapreciación del error de hecho.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

RECURSO DEL TRABAJADOR WILLIAM ELASMAR BARUQUE

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Con el recurso extraordinario se pretende que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema CASE la sentencia del Tribunal en el literal e) del ordinal 1º, el ordinal 2º y el ordinal 4º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada en cuanto por ellos condenó al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la suma de $ 2.818.97 por concepto de indemnización moratoria, revocó las condenas de primera instancia por concepto de auxilio de cesantía e indemnización por incapacidad y confirmó las absoluciones de primer grado por auxilio educacional, auxilio de transporte para los hijos del demandante y costas, y que, procediendo como Tribunal de instancia modifique los literales c), f) y g) del ordinal primero y revoque el ordinal segundo de la mencionada sentencia de primer grado y condene a la entidad demandada a pagar al demandante: a) La suma de $ 4.824.63 por concepto de auxilio de cesantía. b) La suma de $ 38.440.95 por concepto de indemnización por incapacidad por enfermedad profesional. c) La suma de $ 256.27 diarios, a partir del 6 de noviembre de 1970 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos, por concepto de indemnización moratoria o, subsidiariamente, la suma de $ 68.173.92 por este mismo concepto. d) La suma de $ 4.800.00 por concepto de auxilio educativo, y la suma de $ 900.00 por concepto de auxilio de transporte para los hijos estudiantes del demandante. e) Las costas del juicio en ambas instancias".

Con fundamento en la causal primera formula el impugnador cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del

Trabajo, artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y artículo 3º de la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 127, 128, 132 y 133 del Código Sustantivo del Trabajo, como consencuencia de error de hecho resultante de la falta de apreciación de los documentos que a continuación procedo a individualizar".

Como pruebas dejadas de apreciar enuncia el recurrente las siguientes: a) Documentos de folios 73 y 74; b) Documentos de folios 220, 221, 222 y 223); c) Documentos de folio 141; d) Documentos de folios 857, 858, 860 y 861.

El impugnador sustenta el cargo así:

"Con los documentos anteriormente descritos, los cuales tienen el carácter de auténticos, se demuestra claramente cómo se liquidó y pagó, mediante consignaciones judiciales, el auxilio de cesantía correspondiente al actor. No obstante, al estudiar la petición relativa al auxilio de cesantía el Honorable Tribunal se pronuncia de la siguiente manera (folio 972): '... Como quiera que este pedimento se concreta a solicitar un reajuste de cesantía según el sentido de las palabras del pedimento, es necesario, para establecer si hay o no lugar a ordenar ajuste alguno de la liquidación de tal prestación, determinar cuál fue la suma que por este concepto se le canceló al demandante a la terminación del contrato de trabajo, de donde al no haberse demostrado por el actor el verdadero valor recibido por cesantía que confesó habérsele pagado pero en suma que considera inferior a la que realmente le corresponde, es del caso absolver a la demandada del mencionado reajuste impetrado. Por tanto, deberá revocarse el pronunciamiento condenatorio de la primera instancia, ya que el juzgador invirtió la carga de la prueba sin parar mientes en la afirmación del actor de haber recibido por este concepto, lo que equivale a decir lo que se le impetró fue un reajuste de la prestación porque la consideró mal liquidada, error que ha debido demostrar'. La comparación entre lo deducido por el Honorable Tribunal y la evidencia que resulta de los documentos indicados como dejados de apreciar hace resaltar como evidente u ostensible el error de hecho en que incurrió el Juzgador de segunda instancia al no dar por demostrado, estándolo, el valor pagado por el BANCO DE LA REPUBLICA al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE por concepto de auxilio de cesantía. El error de hecho anotado se produjo precisamente como consecuencia de la falta de apreciación de los documentos mencionados y determinó la absolución del reajuste del auxilio de cesantía reclamado en la demanda, infringiendo de esta manera las normas sustanciales señaladas al comienzo del cargo en la forma ya indicada. Si el ad quem no hubiera incurrido en el error de hecho anotado habría concluido de manera necesaria que el BANCO DE LA REPUBLICA liquidó por concepto del auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicios del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE la suma de $ 62.923.73 (folio 858) suma ésta que pagó mediante dos consignaciones judiciales hechas la primera el 18 de noviembre de 1970 (folio 220) y la segunda el 22 de junio de 1971 (folios 141 y 860), tomando finalmente como salario mensual promedio del actor la suma de $ 7.069.65 moneda corriente. Ahora bien, teniendo en cuenta el salario realmente devengado y establecido por el Honorable Tribunal de $ 7.689.19 mensuales (folio 888) resulta que para el período de liquidación de esta prestación correspondiente al lapso comprendido del 1º de enero de 1963 al 5 de noviembre de 1970 (fecha de terminación del contrato de trabajo), y deduciendo los trece días y medio no considerados por el Banco como trabajados para efectos de esta prestación (folio 858), se tiene que correspondía al doctor William Elasmar Baruque, en lugar de los $ 55.212.00 liquidados por este período, la suma de $ 60.036.63. De esta manera quedó debiendo el BANCO DE LA REPUBLICA al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE, por concepto de saldo o reajuste del auxilio de cesantía correspondiente al período de servicios comprendido del 1º de enero de 1963 a la terminación del contrato de trabajo, la suma de $ 4.824.63, suma ésta a la que debe condenar la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sede de instancia, tal como se solicitó al precisar el alcance de la impugnación".

El opositor se pronuncia en los siguientes términos, sobre este cargo: "El primero se encamina a lograr la confirmación de la condena por cesantía que fulminó el a quo y fue revocada por el ad quem. Este último fundó la revocación en que, habiéndose pedido por el actor un reajuste de cesantía, implícitamente confesó que le había sido pagada, pero incompleta; siendo indispensable conocer el monto de la cesantía recibida por el empleado para compararlo con la suma que ha debido pagársele y con la cantidad consignada por el Banco a ese título. Pero los documentos singularizados en el cargo como 'no apreciados' por el sentenciador se refieren exclusivamente a la consignación judicial hecha por el Banco y no a los pagos recibidos directamente por el actor y confesados implícitamente por él en su libelo al pedir 'reajuste' ".

Se considera

A folio 858 se encuentra una fotocopia de la liquidación del auxilio de cesantía, presentada por la parte demandada, por lo cual implícitamente fue reconocido por la misma al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil. Según este documento la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente al doctor William Elasmar Baruque ascendió a la cantidad de $ 62.923.73. De acuerdo con el mismo documento al demandante se le había entregado la suma de $ 60.983.33 por cesantías, por lo cual quedaba a su favor un saldo de $ 1.940.40.

Esta última cantidad junto con la suma de $ 123.92 por concepto de vacaciones proporcionales, le fue consignada como se desprende de la fotocopia que aparece a folio 860. Resulta así el error del Tribunal Superior cuando consideró que no se demostró el valor recibido por auxilio de cesantía por Elasmar Baruque.

La demostración del error de hecho hace que el cargo prospere y en consecuencia la sentencia acusada se casará en lo pertinente. La decisión de instancia se tomará de acuerdo con las siguientes consideraciones:

En el documento de folios 858 aparecen los siguientes elementos del salario devengado en el último año de servicios por el doctor William Elasmar Baruque y que fueron tenidos en cuenta por el Banco de la República para obtener el salario promedio mensual que le sirvió de base al liquidar nuevamente el auxilio de cesantía: $ 80.650.00 por sueldos, $ 6.862.80 por gratificación en 10 años de servicios; $ 1.268.62 por 1/12 de parte proporcional a 15 años en 256½ días; $ 3.230.00 correspondiente a remuneración por servicios médicos a empleados y familiares. Sumando las partidas se obtiene un total de $ 91.905.42 devengados en el último año de servicios. El promedio mensual es igual a esta cantidad dividida por 12, lo que da un resultado de $ 7.658.78. Este es el salario que tomará la Corte para liquidar el período comprendido entre el 1º de enero de 1963 y el 15 de noviembre de 1970, conforme con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965. Cabe anotar que el Banco de la República obtuvo un promedio mensual de $ 7.069.65, resultado de dividir equivocadamente lo devengado en el último año de servicios por 13, cuando el divisor es obviamente 12, lo que explica la diferencia.

Haciendo las operaciones aritméticas con base en siete años nueve meses veintiún días, se obtiene un auxilio de cesantía de $ 59.802.30. Como por el período comprendido entre el 1º de diciembre de 1959 y el 31 de diciembre de 1962 el Banco liquidó un valor parcial por $ 7.711.73, (inciso 2º del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965) liquidación que no discute el recurrente, el valor total del auxilio de cesantía es de $ 59.802.30+$ 7.711.73=$ 67.514.03. Deduciendo de la anterior cantidad los $ 62.923.73 que el Banco consignó por concepto de cesantía, se obtiene un saldo a favor del trabajador demandante de $ 4.590.30.

En consecuencia se modificará la cuantía de la condena por cesantía que por $ 81.316.42 hizo el fallador de primer grado, para ajustarla al guarismo de $ 4.590.30 obtenido por la Corte.

Segundo cargo

"La sentencia acusada indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 193, 200, 201, 202, 203, 204, 209, 210, 211 y 218 del

Código Sustantivo del Trabajo y como consecuencia a su vez de la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 3170 de 1964 (artículos 1º, 5º, 7º, 9º, 15, 82 y 83 del Acuerdo 155 de 1963 expedido por el Consejo Directivo del I. C. S. S.) y de los artículos 1º, 62 y 77 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 10 del Decreto 721 de 1949, por haber incurrido el Honorable Tribunal en errores de hecho manifiestos u ostensibles provenientes de la falta de apreciación y de la apreciación equivocada de las siguientes pruebas: a) En la Inspección Ocular practicada por el Juzgado sobre los archivos del Banco de la República, a partir del folio 516 se estableció de manera directa por el Juzgado de primera instancia, en forma reiterada y mediante el examen de diversos documentos, que los servicios médicos correspondientes al doctor William Elasmar le fueron prestados por el propio BANCO DE LA REPUBLICA, a través de su Departamento Médico en el cual, entre otras cosas, trabajaba el propio actor, y no por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dentro de la diligencia de Inspección Ocular y como parte integrante de la misma, se acompañó el documento de folio 468 con el cual se reafirma el hecho de que los servicios médicos le eran prestados al demandante por el propio Banco demandado y no por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Esta prueba de Inspección Ocular no fue apreciada por el Honorable Tribunal. b) Los documentos de folios 80, 81 y 82 del expediente fueron considerados por el Honorable Tribunal en forma equivocada por cuanto de ellos derivó la plena demostración de que el doctor William Elasmar había sido afiliado en legal forma al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Especialmente importante es resaltar el hecho de el documento de folio 80 habla del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE como 'ex-asegurado' pero este documento no puede mirarse aisladamente con considerar que es la respuesta visible a folios 78 y 79 correspondiente a la carta dirigida al Instituto Colombiano de Seguros Sociales número 16364 de 19 de noviembre de 1970. Resulta completamente claro, entonces, que con los documentos de folios 80, 81 y 82 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales menciona al demandante o actor, doctor WILLIAM ELASMAR, por las referencias que a él había hecho el BANCO DE LA REPUBLICA en las cartas que respondió el Instituto, pero de ninguna manera puede derivarse de dichos documentos que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hubiera certificado o afirmado que el doctor William Elasmar Baruque estuviera afiliado como trabajador del Banco de la República a dicho Instituto. Al estudiar la petición de la demanda correspondiente a indemnización por incapacidad permanente parcial, el H. Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: '...está plenamente acreditado en autos con los documentos de folios 80, 81 y 82 del expediente, que el trabajador demandante estuvo afiliado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para las fechas indicadas, por lo cual, de acuerdo con su pedimento de la demanda sobre indemnización por incapacidad permanente parcial, que lo fundamentó en una pretensa enfermedad profesional, no es del caso fulminar condena contra la entidad bancaria demandada por este concepto, dadas las razones anteriormente expuestas. Así, se revoca el pronunciamiento condenatorio del Juez **a quo** sobre este extremo de la **litis**' (folio 981). Resulta evidente de la comparación entre lo resuelto por el H. Tribunal y lo que evidencian la Inspección Ocular y los documentos indicados como mal apreciados que el **ad quem** incurrió en los siguientes errores de hecho ostensibles o manifiestos: 1º Dar por demostrado, no estándolo, que el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE fue debidamente afiliado por el BANCO DE LA REPUBLICA como trabajador a su servicio al Instituto Colombiano de Seguros Sociales. 2º No dar por demostrado, estándolo, que durante la vigencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes los servicios médicos le fueron prestados al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE directamente por el Banco de la República y a través del Departamento Médico de la Entidad. Los errores de hecho anotados se produjeron como consecuencia de la falta de apreciación de la inspección ocular y de la indebida apreciación de los documentos de folios 80, 81 y 82, errores de hecho que determinaron la absolución por concepto de la indemnización por enferme-

dad profesional demandada produciéndose así la infracción indirecta de los preceptos legales sustantivos atrás indicados. Si el ad quem no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados habría concluido necesariamente que siendo los servicios médicos prestados directamente por el Banco de la República y no estando acreditada la afiliación en legal forma del demandante al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para cubrir el riesgo de enfermedad profesional, y estando por otra parte demostrada la existencia de la enfermedad profesional, determinada la limitación laboral que la misma produjo al actor y precisado el valor de la indemnización correspondiente (folios 259 y 260), se imponía condenar por este concepto al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE el equivalente a cinco meses de salario, que a razón de $ 7.668.19 por mes (folio 888), dan un total de $ 38.440.95, suma esta a la que debe condenar por el concepto indicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sede de instancia, tal como se solicita en el Capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

El opositor contra argumenta así:

"El segundo cargo trata de la supuesta obligación del Banco para responder por las prestaciones e indemnizaciones debidas al actor por enfermedad profesional. El juzgado condenó al Banco por ese concepto y el Tribunal revocó tal decisión por encontrar probado que el doctor Elásmar Baruque estuvo asegurado en el I. C. S. S., contra el riesgo de accidente y enfermedad profesional. La prueba invocada por el Tribunal no es concluyente para el impugnador porque el Banco le prestó servicios al doctor Elasmar y porque no se demostró 'la afiliación en legal forma' a los Seguros Sociales. Basta observar, en cuanto a lo primero, que la obligación legal consiste en la afiliación a éstos y en el pago de las correspondientes cotizaciones, pero no en recurrir a los servicios médicos del I. C. S. S. Y en cuanto a lo segundo, las solas cartas de folios 80 y 81, emanadas del I. C. S. S., evidencian que el doctor Elasmar fue afiliado, y por eso debe proceder a solicitarles las prestaciones del caso".

Se considera

El documento de folio 80 es la respuesta del Instituto Colombiano de Seguros Sociales al Oficio 8R1-16364 de 19 de noviembre de 1976 de la División de Relaciones Industriales en el cual le informa al Instituto sobre el envío de un formulario relacionado con el ex-empleado doctor William Elasmar Baruque, "quien en forma unilateral e intempestiva dio por terminado su contrato de trabajo el día 6 de los corrientes", y le transcribe los resultados del examen médico de retiro practicados al demandante. La nota de respuesta dice: "Tengo el gusto de hacer referencia a su oficio 16364 relacionado con el actor WILLIAM ELASMAR BARUQUE. Al respecto me permito manifestarle que el ex-asegurado debe proceder a solicitar del Seguro Social las prestaciones asistenciales y económicas a que pueda tener derecho por su disminución de capacidad laboral, solicitud que le será estudiada y resuelta de conformidad con los Reglamentos que regulan los Seguros de Enfermedad no Profesional y Maternidad, Invalidez, Vejez y Muerte".

De las anteriores notas se infiere que el doctor Elasmar Baruque se encontraba afiliado a los Seguros Sociales, porque de otra manera no se entendería que el Banco de la República informara al Instituto sobre el retiro de su trabajador y los resultados del examen médico de retiro, ni que el Instituto diera instrucciones para que el doctor Elásmar Baruque solicitara las prestaciones asistenciales y económicas a que pudiera tener derecho. Además dicha afiliación se encuentra corroborada por documento de folio 81, o sea el oficio Nº 710660 dirigido al Director de Relaciones Industriales del Banco de la República por la División Nacional de Administración de Riesgos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en el cual se afirma que "por el número de afiliación se deduce que fue afiliado (el doctor William Elásmar) antes del 1º de enero de 1967". De modo que si de las pruebas anteriores el Tribunal Superior dedujo que el demandante se encontraba legalmente afiliado a los Seguros Sociales, no concluyó en forma contraria a la lógica ni a los principios científicos que informan las pruebas.

La circunstancia de que el Banco de la República hubiera prestado atención médica al doctor William Elasmar Baruque no desvirtúa la conclusión del ad quem **sobre que éste fue afiliado a los Seguros Sociales, porque lo uno no se opone a lo otro. Bien puede un patrono prestar asistencia médica a sus trabajadores cuando son afiliados forzosos a los Seguros Sociales, sea voluntariamente o por Convención Colectiva. Y en el caso de que estuviese obligado un patrono a las prestaciones asistenciales, a pesar de estar sus trabajadores afiliados al Seguro Social, ello no supone necesariamente que se haya hecho cargo de las prestaciones económicas provenientes de enfermedades.**

No habiéndose demostrado los errores de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal Superior, el cargo no prospera.

Tercer cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida, el precepto legal sustantivo de orden nacional contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como consecuencia de errores de hecho manifiestos u ostensibles, y en relación con los artículos 55, 59-1º, 127, 128, 132, 133, 149, 249, 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 17 del Decreto 2351 de 1965, 3º de la Ley 48 de 1968, 768 y 1603 del Código Civil, errores de hecho que se produjeron por la falta de apreciación y la apreciación equivocada de los siguientes documentos: a) En folios 57 a 60 del cuaderno principal del expediente obra en original el contrato de trabajo que vinculó a las partes. En la cláusula segunda de este contrato, que no fue tenido en cuenta por el **ad quem** se estableció, repitiendo lo que al efecto dispone la ley, que cuando en la liquidación de prestaciones sociales deben tenerse en cuenta no solo el salario fijo mensual asignado en nómina sino otras cantidades que impliquen salario, de aquellas sumas se tomará en todo caso el promedio mensual de las recibidas y pagadas en el último año (folio 58). Y en la cláusula décima segunda del mismo contrato (folio 60) se repitió también la disposición legal que establecía que los salarios y prestaciones del demandante solamente podían retenerse en los casos autorizados por la ley, por el Reglamento o por el mismo contrato. b) A folios 73 y 74 obra el documento auténtico emanado de la Entidad demandada correspondiente a la carta de fecha noviembre 17 de 1970 dirigido por el Director de Relaciones Industriales del Banco de la República al señor Juez Cuarto Laboral de Bogotá, con la cual se remitieron a dicho Juzgado los títulos de consignación o depósitos Nos. 779310, 778907 y 778121 por valor de $ 324.00, $ 40.695.67 y $ 6.821.29, respectivamente. Este documento fue aportado como prueba al proceso por el propio Banco de la República (folio 54-10) y decretado oportunamente como tal (folio 132), para fundamentar el hecho 5º del capítulo correspondiente a 'razones de la defensa' en la respuesta a la demanda principal (fl. 52). c) A folios 220, 221, 222 y 223 obran las copias de las diligencias de pago por consignación correspondientes a los títulos a que se refiere el documento anteriormente indicado, copias expedidas con carácter de documento auténtico por la Secretaría del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá. d) A folio 141 del cuaderno principal del expediente obra el documento de fecha 22 de junio de 1971 correspondiente a la comunicación dirigida por el apoderado de la Entidad demandada al Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual remitió el título de depósito número 0166300 de esa misma fecha por valor de $ 2.064.32. e) A folios 857, 858, 860 y 881 obran en fotocopia los documentos presentados por el BANCO DE LA REPUBLICA a través de su apoderado y a solicitud del mismo (folios 869 y 871 a 879) dentro de la audiencia de trámite celebrada ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá y decretados como pruebas por dicha Corporación en la misma audiencia (folio 870). De todos los documentos anteriormente descritos el Honorable Tribunal solamente tuvo en cuenta al estudiar la petición de indemnización por mora los correspondiente a folios 73-74, 220-223 del expediente para deducir de ellos que el Banco demandado pagó mediante consignación judicial las acreencias laborales correspondientes al actor 11 días después de la terminación del contrato de trabajo, y

derivar la correspondiente indemnización por mora ($ 2.818.97). Pero los documentos de folios 73-74 y 220-223 fueron mal apreciados pues aunque con ellos se demuestra un pago efectuado por la entidad demandada en favor del actor de ninguna manera puede deducirse que este pago cancelara o cubriera las acreencias laborales del actor es decir, los derechos del doctor William Elasmar por concepto de salarios y prestaciones sociales. Los demás documentos señalados no fueron tenidos en cuenta por el ad quem en el estudio que hizo relativo a la petición o demanda de indemnización por mora o salarios caídos. Para los efectos legales pertinentes el H. Tribunal estableció que el salario mensual promedio devengado por el actor en el último año de servicios y sobre el cual procedía y procede la correspondiente liquidación de prestaciones sociales fue la suma de $ 7.688.10 moneda corriente (folio 888). De la lectura de los documentos individualizados en este cargo como indebidamente apreciados y dejados de apreciar se deducen las siguientes conclusiones inobjetables: a) Que a la terminación del contrato de trabajo el BANCO DE LA REPUBLICA liquidó y pagó las prestaciones sociales correspondientes al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE con un salario inferior al realmente devengado por éste, o, dicho de otra manera, que en la liquidación de prestaciones sociales la Entidad demandada, sin explicación alguna dejó de considerar como salario aquellos factores o elementos adicionales al sueldo básico que en los términos del contrato de trabajo y de la ley debían computarse para establecer el referido salario y pagar las mencionadas prestaciones. b) Que el propio BANCO DE LA REPUBLICA procedió a reliquidar las prestaciones sociales correspondientes al doctor WILLIAM ELASMAR y a consignar judicialmente el reajuste que unilateralmente consideró deber, liquidación y pago que se hizo el 23 de junio de 1971, es decir, siete meses y 17 días después de terminado el contrato de trabajo. Al analizar y decidir la demanda correspondiente a indemnización por mora, el H. Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: 'Observa el Tribunal al respecto, que como se ha visto en este proceso, la entidad demandada si bien es cierto a la fecha de terminación del contrato de trabajo salió a deber los salarios de treinta días de trabajo, suma que retuvo para consignar judicialmente, no es menos evidente que el acto mismo de la consignación ante el Juez, que realizó, estuvo revestida de buena fe, ya que a través del proceso sostuvo con argumentación razonada —que a la postre no tuvo éxito— la legalidad de esa retención de salario que efectuó a título de indemnización por lo que consideró ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte del trabajador. Así mismo, es de destacar que por lo que atañe a la deuda por prima de servicios, discutió con fundamento plausibles el cumplimiento de esa obligación aunque le hubiese sido adversa la decisión judicial al respecto. En tales condiciones la conducta patronal de la demandada está, a juicio de la Sala, exenta de mala fe con virtualidad de condena contra ella por indemnización moratoria hasta cuando se efectúe el pago de las acreencias resultantes de este proceso...' (folios 982 y 983). Comparando las evidencias que resultan de la lectura de los documentos indicados como dejados de apreciar e indebidamente apreciados y los resueltos por el Honorable Tribunal en su sentencia resulta que el ad quem incurrió en los siguientes errores de hecho ostensibles y manifiestos: 1º Dar por demostrado, sin estarlo, que el Banco demandado pagó mediante consignación judicial las prestaciones sociales correspondientes al demandante once días después de terminar el contrato de trabajo. 2º Dar por demostrado, sin estarlo, que a la terminación del contrato el Banco demandado solamente retuvo, y ésto mediante consignación judicial condicionada, salarios correspondientes a treinta días. 3º Dar por demostrado, no estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo la única prestación social que quedó adeudando el BANCO DE LA REPUBLICA al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE fue la correspondiente a la prima de servicios del segundo semestre de 1970. 4º Dar por demostrado, sin estarlo, que la conducta del BANCO DE LA REPUBLICA al efectuar la liquidación y pago de salarios y prestaciones del demandante a la terminación del contrato estuvo exen-

ta de mala fe. 5º No dar por demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo el BANCO DE LA REPUBLICA liquidó y pagó las prestaciones sociales del demandante sin tener en cuenta los elementos integrantes del salario, adicionales al sueldo básico, que estaba obligado a computar como tales para la referida liquidación en los términos del contrato de trabajo y de la ley. 6º No dar por demostrado, estándolo, que adicionalmente a los treinta días de sueldo, el BANCO DE LA REPUBLICA retuvo a la terminación del contrato de trabajo, sin explicación ni justificación alguna, parte importante del auxilio de cesantía que correspondía al demandante liquidado teniendo en cuenta los distintos elementos integrantes del salario y contrariando de esta manera lo dispuesto en el contrato de trabajo y en la ley. 7º No dar por demostrado, estándolo, que solamente el 23 de junio de 1971, siete meses y 17 días después de terminado el contrato de trabajo, el Banco de la República liquidó y pagó un reajuste del auxilio de cesantía correspondiente al demandante teniendo en cuenta otros elementos salariales adicionales al sueldo básico. 8º No dar por demostrado, estándolo, que a pesar de la liquidación y pago efectuado el 23 de junio de 1971 el BANCO DE LA REPUBLICA quedó adeudando al doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE parte importante del auxilio de cesantía liquidado, en los términos del contrato y de la ley, teniendo en cuenta todos los elementos integrantes del salario. 9º No dar por demostrado, estándolo, que el BANCO DE LA REPUBLICA actuó con mala fe al liquidar las prestaciones sociales que mediante consignación judicial pagó al demandante. Los errores de hecho anteriormente anotados se produjeron precisamente como resultado de la falta de apreciación y de la apreciación indebida de los elementos individualizados atrás y determinaron que la parte resolutiva de la sentencia impugnada solamente condenara al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar por concepto de indemnización por mora el equivalente al salario de once días. Si el Honorable Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados hubiera concluido necesariamente que la Entidad demandada liquidó arbitrariamente, en contra de lo establecido en el contrato y en la ley, las prestaciones sociales del demandante a la terminación del contrato de trabajo. Que así mismo retuvo sin autorización además de los treinta días de sueldo básico, parte importante de las prestaciones sociales, concretamente del auxilio de cesantía y la prima de servicios. Que igualmente y de manera unilateral, en consignación judicial que implica confesión de deuda según la reiterada jurisprudencia de esa Honorable Corte, el Banco solamente vino a pagar un reajuste del auxilio de cesantía el 23 de junio de 1971, vale decir, siete meses y diecisiete días después de terminado el contrato de trabajo. Finalmente, que la conducta del BANCO DE LA REPUBLICA al hacer la liquidación de prestaciones sociales del doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE con un salario inferior al realmente devengado por éste y al retener sin autorización ni justificación parte de los salarios y prestaciones debidos, procedió con una conducta no exenta de mala fe. Consecuentemente el Honorable Tribunal habría tenido que condenar al Banco demandado a pagar por concepto de indemnización por mora o salarios caídos la suma diaria de $ 256.17 a partir del 6 de noviembre de 1970 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos, o, al menos, la misma suma diaria en el tiempo transcurrido desde la terminación del contrato hasta cuando se produjo la consignación del 23 de junio de 1971, es decir, durante el lapso de 7 meses y 17 días, lo que da un total de $ 58.173.92, que como condena subsidiaria se pide que profiera la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sede de instancia, de acuerdo a lo indicado en el Capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

Para el opositor ninguno de los documentos que el casacionista menciona como dejados de apreciar o mal apreciados, ni todos juntos, se relacionan con la mala fe.

Se considera

A folios 861 se encuentra una fotocopia de la liquidación de prestaciones sociales de William Elasmar Baruque, con el siguiente resultado: Cesantía. $ 60.983.33;

Primas proporcionales, $ 3.192.07; Prima de servicios proporcionales $ 2.292.68; Vacaciones proporcionales, $ 3.402.07: Prima de vacaciones proporcional $ 3.826.13; gratificación por 15 años de servicio proporcional, $ 1.262.62; parágrafo del Art. 74, $ 2.000.00, Total, $ 76.888.90. De esta suma dedujo el Banco de la República las siguientes cantidades: $ 27.874.11 por obligaciones insolutas a cargo de Elasmar Baruque para con el Fondo de Empleados; $ 234.11 por retención en la fuente, $ 44.82, por aporte a los Seguros Sociales; $ 895.00 por anticipo de cinco días de salarios no devengados, quedando un saldo a favor del trabajador de $ 47.840.86. Esta suma fue consignada en el Juzgado Cuarto Laboral el 17 de noviembre en tres partidas por $ 40.695.67, $ 324.00 y $ 6.821.19. Esta última correspondiente a treinta días de salarios, se consignó con base en lo dispuesto en el Ordinal 7º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. (Folios 73 y 74).

La manifestación que hizo el Banco de la República al referirse al depósito de $ 6.821.19 que debían permanecer a órdenes del Juzgado mientras la justicia decide, no es en manera alguna censurable, puesto que eso es lo que dice el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en su inciso 7º Además, este proceso ha girado principalmente en torno a si existió justa causa para que el trabajador diera por terminado el contrato de trabajo, habiendo expuesto el demandado razones atendibles para demostrar que se hizo sin justa causa. La conclusión a que se ha llegado en el proceso no desvirtúa esa posición razonable.

Posteriormente el Banco de la República hizo una nueva liquidación o reajuste del auxilio de cesantía, como aparece a folios 857 y 858, para incluir como factor del salario la cantidad de $ 3.230.00 que el doctor Elasmar Baruque había recibido en el último año por servicios médicos prestados a empleados y familiares. Este reajuste ascendió a $ 1.940.40, que junto con la suma de $ 123.92 por vacaciones proporcionales fue depositado, en cuantía de $ 2.064.32, en el Juzgado Octavo Laboral el día 23 de junio de 1971.

Esta consignación adicional a la que se hizo pocos días después de la terminación del contrato abona la buena fe de la entidad demandada, porque demuestra su interés por cancelar integramente las prestaciones, procediendo para ello a efectuar reliquidaciones después de la consignación del valor de las mismas ante negativa del trabajador a recibir los respectivos valores.

Por último, en relación con el mayor valor que a través del recurso de casación se obtuvo como consecuencia de la prosperidad del primer cargo, dicha diferencia resultó por un error al determinar el salario promedio mensual, pues en lugar de dividir lo recibido en el último año por doce (12) lo hizo por trece (13), error que no alcanza a desvirtuar la buena fe del Banco de la República al consignar lo que creía deber por concepto de prestaciones sociales y luego hacer una reliquidación y consignar también el valor de la diferencia obtenida.

No habiéndose demostrado que el Tribunal Superior incurrió en evidente error de hecho al encontrar buena fe patronal a partir de la fecha en que se hizo la primera consignación del valor de los salarios y prestaciones sociales, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

"La sentencia acusada viola de manera indirecta y en la modalidad de indebida aplicación los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 13, 55, 104, 107, 461, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber incurrido en error de hecho manifiesto proveniente de la falta de apreciación de las siguientes pruebas: a) A folios 57 a 60 obra el contrato de trabajo celebrado entre las partes, original y auténtico, en cuya cláusula séptima se dispuso que en el mismo quedaban incorporadas en lo pertinente las disposiciones legales y del reglamento de trabajo que regulan las relaciones entre el Banco y sus trabajadores, como también las que regulan el régimen de prestaciones y servicios sociales de orden legal y extralegal dictadas hasta la fecha o que en el futuro se dicten. Respecto al régimen de prestaciones extralegales, las partes acordaron someterse a lo que sobre el particular ordenara la Junta Directiva del Banco en ejercicio de sus facultades. b) A folios 89 a 94 obra la circular número 1871 de 28 de febrero de 1967 sobre auxilios educativos a los hijos de los trabajadores. Este documento aparece autenticado por el Di-

rector de Relaciones Industriales de la Entidad demandada (folio 89 y vto.). Fue anunciado y aportado con carácter de auténtico por la parte demandada (folios 55-18) y decretado oportunamente (folio 132) además de ratificado como tal en la diligencia de Inspección Ocular (fl. 405). c) A fls. 487 y siguientes obra copia autenticada del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto entre el Banco de la República y la Asociación Nacional de Empleados de la misma entidad, de fecha 13 de diciembre de 1965, en copia debidamente autenticada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En dicho Laudo se lee lo siguiente (folio 491): "Prestaciones. En este aspecto de la fórmula del proyecto de convención presentada por los trabajadores el Tribunal también hizo muy cuidadosos estudios del Reglamento de Trabajo de la Empresa, de la Circular número 1236 de noviembre de 1964 y en general del régimen de prestaciones extralegales vigentes actualmente en el Banco de la República y que se resumen en prestaciones de la siguiente clase: ...g) Auxilio educacional; ñ) Auxilio de transporte; o) Plan educacional...". 'Ante esta situación —continúa el Tribunal de Arbitramento— y especialmente ante la ratificación que textualmente sobre el aspecto de prestaciones extralegales, hicieron los representantes del patrono y que dice: 'declaramos a nombre de la Institución que representamos y que esta política continuará practicándose y que en consecuencia subsistirán en el futuro los beneficios y prestaciones que se dejan enumerados por ser ésta la voluntad de los directivos del Banco de la República', el Tribunal considera que en equidad no es necesario llevarlas a convención, si se tiene en cuenta que lógicamente ellas seguirán vigentes para todos los trabajadores afiliados o no a la Asociación y que esta costumbre laboral de acuerdo con tesis de eminentes tratadistas constituye ya un derecho adquirido para los trabajadores porque desde el punto de vista jurídico la costumbre en materia del trabajo es fuente de derecho y además la costumbre se traduce en una regla de derecho. En consecuencia, no hay ninguna amenaza de que estas prestaciones desaparezcan'. Ninguno de los documentos anteriores fue tenido en cuenta por el H. Tribunal en su sentencia pues el ad quem se limitó a examinar el dictamen pericial en lo pertinente. En efecto, la referencia que se hace en la sentencia a la circular de folios 89 a 94 no es cita o relación del sentenciador sino del perito (folio 973). El Honorable Tribunal al estudiar lo relativo a la demanda por auxilio educativo afirma en la sentencia impugnada: 'Para el Tribunal, no obstante los datos deducidos por el experto, que indican la existencia de pagos del auxilio educacional al demandante por la entidad demandada, como quiera que de otra parte no aparece acreditado en los autos ni el precepto legal o extralegal consagratorio del derecho al mencionado auxilio, así como el ordenamiento jurídico sobre el procedimiento para su obtención con los requisitos sustanciales y de forma para hacerse acreedor a él un trabajador dependiente de la entidad demandada, circunstancias éstas que correspondían demostrarlas el demandante que alega ser titular del derecho o prestación extralegal impetrada. Por tanto, ante la deficiencia probatoria anotada es del caso absolver a la demandada de la súplica respectiva, confirmando así el pronunciamiento del a quo' (folio 974). Y a renglón seguido, al decidir sobre el auxilio de transporte para los hijos estudiantes del actor el Honorable Tribunal agrega: 'En punto a esa súplica valen idénticas razones a las expresadas en torno a la pretensión anterior, ya que tampoco está acreditado plenamente por el actor el derecho impetrado ni el procedimiento para su efectividad. Por manera que en tales condiciones debe absolverse a la demandada de la consiguiente pretensión, confirmando así la decisión al respecto del Juzgador de primer grado' (folio 975). Resulta que de los documentos que en este cargo se indican como no apreciados aparece ostensible o manifiesta la evidencia contraria a la deducida por el ad quem, es decir, que sí existe acreditado en el expediente el precepto extralegal consagratorio del derecho reclamado, así como el procedimiento para su obtención y la forma y cuantía de su causación y pago. Incurrió pues aquí el Honorable Tribunal en el error de hecho manifiesto de no dar por demostrado, estándolo, que se acreditó

el precepto reglamentario y convencional que da derecho al actor a percibir el auxilio educacional y el auxilio de transporte para sus hijos estudiantes. Este error de hecho se debió precisamente a la falta de apreciación de los documentos citados en este cargo y determinó que la sentencia impugnada absolviera al Banco de la República de las demandas por concepto de auxilio educativo y de auxilio de transporte para los hijos estudiantes del actor mediante la confirmación del pronunciamiento que en igual sentido había hecho el Juez de primera instancia, infringiendo de esta manera los derechos consagrados en favor del actor en su contrato de trabajo, en el Reglamento de Trabajo del Banco, en el Laudo Arbitral y las convenciones colectivas y violando de esta manera indirectamente los preceptos legales sustantivos de orden nacional que se citan al comienzo del cargo y en relación con lo preceptuado por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 13 de la Ley 153 de 1887. Si el Honorable Tribunal no hubiera incurrido en el error de hecho anotado había concluido necesariamente que la Entidad demandada estaba obligada a reconocer y pagar del actor la prestación o beneficio extralegal consistente en el auxilio educativo y en el auxilio de transporte para los hijos estudiantes del doctor William Elasmar Baruque. Considerando solamente el año lectivo correspondiente a 1970, último año de servicio del demandante a la entidad demandada, se tiene que la hija estudiante del demandante Lily Elasmar Hakim pagó la suma de $ 6.030.00 por concepto de matrícula a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, según consta en documento con carácter de auténtico a los autos, dentro de la diligencia de Inspección Ocular (folio 440). De acuerdo a la circular (folio 93), el valor del auxilio educativo correspondiente a esta hija del actor ascendía al 80% del valor de las matrículas semestrales hasta de $ 3.000.00 por semestre. En consecuencia, el Banco de la República debió reconocer por este auxilio y por los dos semestres de 1970 la suma de $ 4.800.00 (Ord. 5º, lit. b) de la circular).

Por otra parte, está debidamente acreditado en los autos, tanto con los documentos auténticos aportados al proceso en la diligencia de Inspección Ocular como con el dictamen pericial que en el año de 1970 el doctor WILLIAM ELASMAR BARUQUE tenía tres hijos estudiando en distintos planteles educativos (fls. 439, 440, 442 y 554 y sub-siguientes del expediente). De acuerdo al ordinal 5º, literal c) de la circular (folio 93), el BANCO DE LA REPUBLICA debió reconocer y pagar la suma fija de $ 30.00 mensuales por cada estudiante hijo del actor en el año de 1970. Tomando los diez meses del año calendario escolar se tiene la suma de $ 900.00 que por este concepto se solicitaba en la demanda y que el BANCO DE LA REPUBLICA no acreditó haber cancelado no obstante la excepción de pago propuesta en la contestación de la demanda (folio 52). En consecuencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— en sede de instancia debe revocar las absoluciones que por concepto de auxilio educativo y auxilio para transporte de los hijos estudiantes del actor profirió el Juez de primera instancia y condenar a la Entidad demandada a pagar a mi representado por dichos conceptos las sumas de $ 4.800.00 y $ 900.00, respectivamente, de acuerdo a lo pedido en el capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

Para el opositor no existe prueba en el proceso, ni la invoca el acusador, respecto de la afiliación sindical del actor durante el tiempo a que el pedimento se refiere, ni del cumplimiento de las exigencias de la circular reglamentaria que obra a fls. 89 a 94.

Se considera

De folios 89 a 94 aparece una copia auténtica de la Circular Nº 1871 de febrero 28 de 1967 dirigida a todos los trabajadores de la institución por el Sub-Gerente y el Auditor del Banco de la República, en la cual se compendian "las disposiciones que están dispersas en diversas comunicaciones relativas al auxilio educacional que otorga el Banco a favor de familiares de sus trabajadores". Es suficiente la existencia de dicha circular para que se demuestre el error de hecho en que incurrió el fallador de segunda instancia al concluir que no se había acreditado en los autos el precepto extralegal consagratorio del auxilio edu-

cacional ni del procedimiento para su obtención.

Sin embargo la demostración del error de hecho anotado no incide en la decisión del Trib. Sup., por las siguientes razones'.

En la circular que se ha venido mencionando se establece el trámite para que el trabajador pueda gozar del auxilio educacional, así: "Para tener derecho al auxilio es indispensable llenar una solicitud de inscripción, a la que se acompañarán la última declaración de renta (si se trata de hermanos) y los documentos que en el mismo formulario se indica. Las inscripciones que llenen los requisitos reglamentarios podrán ser aceptados directamente por nuestras Sucursales y Agencias pero en el caso de cualquier duda deberá someterse a esta Oficina Principal. Estas inscripciones tendrán que presentarlas los interesados por lo menos con 20 días de anticipación a la iniciación de los estudios. Las solicitudes que se presenten después de haberse iniciado los estudios. Las solicitudes que se presenten después de haberse iniciado los estudios serán considerados como extemporáneos y sólo podrán ser autorizados en casos excepcionales mediante aprobación del Comité Consultivo de la Oficina Principal. En ningún caso el auxilio será aprobado sobre pagos hechos en años anteriores como tampoco podrá cobijar el auxilio períodos superiores al respectivo año lectivo. Nuestras Sucursales y Agencias deberán enviar oportunamente al Departamento de Relaciones Industriales duplicados de las inscripciones a que nos referimos. Al hacer la solicitud de inscripción, o bien cuando en años posteriores se presenta la solicitud para el pago de nuevos auxilios, el empleado está obligado a presentar las libretas de calificaciones de sus hijos o hermanos, clara certificación del establecimiento educativo sobre la clase de estudios que van a adelantarse, el valor de la matrícula, el de la pensión mensual y el costo del bus".

No aparece en el proceso que el doctor William Elasmar Baruque hubiere llenado los requisitos para gozar del auxilio educacional en el segundo semestre de 1970. A folios 104, 105 y 106 se encuentra que ellos se cumplieron para el primer semestre de 1970, pero también está la prueba de que se canceló el valor del auxilio educacional y el de transporte en cuantía de $ 6.950.00 por los meses de febrero a junio de 1970 y de junio 69 a junio de 1970, según se desprende del documento que obra a folio 103. Estos documentos darían base para declarar probada la excepción de pago por los períodos correspondientes, y ante la ausencia del cumplimiento de los requisitos para recibir los auxilios correspondientes al segundo semestre, se impondría la absolución por dicho concepto, siendo inoficioso casar la sentencia recurrida que así lo dispuso.

No sobra agregar que los documentos de folios 440 y 442, provenientes de un tercero y que no fueron reconocidos en la forma exigida para esa clase de documentos, apenas acreditaran que se pagó durante 1970 una determinada suma a una Universidad por la matrícula de una hija del demandante, pero no demostrarían el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Circular a que se ha venido haciendo referencia. Por lo que acaba de exponerse el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada el cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio seguido por William Elasmar Baruque contra el Banco de la República en cuanto revocó la letra C) del punto primero del fallo de primer grado y en su lugar absolvió a la demandada de la petición por concepto de auxilio de cesantía, y en sede de instancia modifica dicho numeral, en el sentido de que la cuantía de la condena por auxilio de cesantía es de cuatro mil quinientos noventa pesos con 30|100 m. l. ($ 4.590.30) NO LA CASA en lo demás.

Costas del recurso extraordinario a cargo del Bco. de la República. Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélva el expediente al Tribunal de origen.

José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz, Guillermo López Guerra (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUSTITUCION DE PATRONOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 39).

Teresa Amaya Sierra demandó por medio de apoderado judicial a la Sociedad Fábrica de Fieltros Técnicos Sombreros e Hilazas Limitada, para que previa algunas declaraciones se la condene a pagarle las siguientes cantidades de dinero: $ 8.748.00, valor de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo que vinculó a las partes; $ 8.311.95 por concepto de auxilio de cesantía; $ 1.620. 00 por la compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas; $ 2.430.00 valor de las primas de servicios correspondientes a los tres últimos años trabajados. De estas cantidades debe descontarse lo que legalmente haya recibido la demandante. Además, que se condene a Fábrica de Fieltros Técnicos, Sombreros e Hilazas Limitada, a reconocer y pagar a favor de Teresa Amaya Sierra una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $ 660. 00, y $ 27.00 diarios a partir del 30 de junio de 1972 y hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación total de lo que se pide.

Relatan los hechos de la demandada que la señorita Teresa Amaya Sierra trabajó al servicio de la Sociedad Fábrica de Fieltros Técnicos Sombreros e Hilazas Limitada desde el 16 de marzo de 1967 hasta el 30 de junio de 1972, en forma continua e ininterrumpida, siendo su último salario de $ 27.00 diarios. El patrono demandado dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo, y a pesar de los reclamos reiterados, se ha negado injustificadamente a pagar a la señorita Teresa Amaya Sierra el valor total que legalmente le corresponde por prestaciones sociales e indemnización por la terminación sin justa causa del contrato de trabajo.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de Fábrica de Fieltros Técnicos, Sombreros e Hilazas Limitada, negó los hechos y propuso las excepciones de transacción y cosa juzgada, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de causa en la demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Once Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el veintiséis de julio de mil novecientos setenta y seis, por medio de la cual absolvió a la Sociedad Fábrica de Fieltros Técnicos, Sombreros e Hilazas Limitada de las peticiones formuladas en el libelo demandatorio, con costas a cargo de la parte demandante, cuyo apoderado apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y seis, confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado, con costas a cargo del apelante.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de Teresa Amaya Sierra, que fue concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte. Llegada la oportunidad legal se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Lo formula el recurrente así: "Con la presente demanda de Casación me propongo obtener que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia impugnada

en cuanto por ella confirma la de primer grado y condena en costas de la apelación a la parte actora y que, constituida en Tribunal de instancia REVOQUE la mencionada sentencia de primer grado y condene a la sociedad demandada a pagar a TERESA AMAYA SIERRA: a) La suma de $ 8.748.00 por concepto de indemnización por despido; b) La suma de $ 4.919.45 por concepto de auxilio de cesantía (reajuste); c) La suma de $ 660.00 mensuales por concepto de pensión especial de jubilación a partir de la fecha en que la demandante cumpla 60 años de edad; d) La suma de $ 27.00 diarios a partir del 30 de junio de 1972 y hasta la fecha en que se pague el auxilio de cesantía debido, por concepto de indemnización moratoria, y e) Las costas del juicio".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador presenta tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia acusada infringe indirectamente en la modalidad de aplicación indebida las normas sustantivas de orden nacional contenidas en los artículos 65, 67, 68, 69, 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 (3º de la Ley 48 de 1968) como consecuencia de los siguientes errores de hecho que aparecen ostensibles o manifiestos: 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada pagó oportunamente a la demandante el valor del auxilio de cesantía. 2. Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada pagó en legal forma a la demandante el auxilio de cesantía causado en el tiempo transcurrido desde el 16 de marzo de 1952 hasta el 31 de diciembre de 1968. 3. No dar por demostrado, estándolo, que la terminación del contrato de trabajo la sociedad demandada solamente pagó a la demandante por concepto del auxilio de cesantía la suma de $ 3.892.50. 4. No dar por demostrado, estándolo, que el pago hecho por concepto de auxilio de cesantía el 18 de diciembre de 1970 fue inoportuno y carece de valor. 5. No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada dejó de pagar a la demandante el valor del auxilio de cesantía causado en el tiempo transcurrido desde el 16 de marzo de 1962 hasta el 31 de diciembre de 1968. 6. No dar por demostrado, estándolo, que a la terminación del contrato de trabajo la sociedad demandada quedó adeudando a la demandante por concepto de auxilio de cesantía, la suma de $ 4.919.45. Los anteriores errores de hecho se produjeron como consecuencia de la equivocada apreciación de la liquidación de prestaciones sociales efectuada por la sociedad demandada a la demandante (folios 18, 65 y 66) y de la falta de apreciación del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1º de enero de 1969 (folio 70) y de la Inspección Ocular (folios 95 a 99). La sentencia acusada en forma improcesal, al hacer el estudio de la petición por auxilio de cesantía, se remite a las consideraciones y valoraciones probatorias hechas por el Juez de primera instancia, sin ningún comentario adicional. Ahora bien: Como el *ad quem* hace suyos los argumentos del juez de primer grado referentes al análisis probatorio relativo al auxilio de cesantía, resulta de esta manera que la equivocada apreciación y la falta de apreciación de las pruebas indicadas fue común a los juzgadores de instancia y ambos igualmente incurrieron en los errores de hecho anotados. Está probado en los autos, no es materia de controversia y el propio Tribunal lo da por sentado en su sentencia, que el 1º de enero de 1969 se operó una sustitución patronal entre ICOFIELTROS y la Sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LIMITADA 'FIELTEC'.

Los juzgadores de instancia consideran que con el documento de folio 66 se acreditó el pago del auxilio de cesantía causado desde el 16 de marzo de 1962 hasta el 31 de diciembre de 1968, es decir, durante el tiempo de servicios prestados a la empresa sustituida. Pero se hizo una apreciación equivocada de la prueba y como consecuencia, se le dio al pago un alcance de valor legal que no tenía, pues por una ligereza inexplicable ni el Juzgado ni el Tribunal se dieron cuenta que dicho pago se efectuó el 18 de diciembre de 1970, es decir, dos años después de haber tenido ocurrencia la sustitución patronal. El contrato de

trabajo suscrito entre la FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LIMITADA 'FIELTEC' y TERESA AMAYA SIERRA, de fecha 1º de enero de 1969, que en fotocopia autenticada aparece a folio 60 y vto., del expediente, fue una prueba que no apreció el Honorable Tribunal y tampoco había apreciado antes el Juez de primera instancia. En este documento importantísimo se estableció como cláusula adicional (folio 70 vto.) que el auxilio de cesantía por el tiempo trabajado en la Empresa sustituida ICOFIELTROS sería cancelado a la trabajadora TERESA AMAYA SIERRA a su retiro definitivo de la Empresa por la nueva Compañía 'FIELTEC'. Con la diligencia de Inspección Ocular se estableció que la demandante trabajó al servicio de ICOFIELTROS desde el 16 de marzo de 1962 hasta el 31 de diciembre de 1968, continuando a partir de esta última fecha sin solución de continuidad prestando sus servicios a la Empresa demandada en virtud de la sustitución de patronos. Dentro de esta diligencia de Inspección Ocular se agregaron y autenticaron las copias de la liquidación de prestaciones sociales que aparecen a folios 65 y 66. La ligereza del Honorable Tribunal al apreciar la liquidación de prestaciones de folio 66 y la inexplicable falta de apreciación de la cláusula adicional del contrato de trabajo de folio 70 le hizo creer equivocadamente que el pago del auxilio de cesantía por el tiempo trabajado a la Empresa sustituida se efectuó de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo. No vio el Tribunal, siendo ostensible, que el referido pago se hizo por la sociedad sustituta dos años después de estar en ejecución el contrato de trabajo con la misma (el 18 de diciembre de 1970) y no al momento de la sustitución como lo dispone la ley, por una parte, y por la otra tampoco anotó el ad quem que en cumplimiento precisamente del artículo 69 citado al momento de la sustitución las partes acordaron que el auxilio de cesantía causado por el tiempo servido a la Empresa sustituida debía ser liquidado y pagado por la Empresa sustituta a la terminación del contrato de trabajo, es decir, el 30 de junio de 1976, para que pudiera considerarse como válido en los claros términos de los artículos 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo. Si el Honorable Tribunal hubiera tenido en cuenta el contrato de trabajo de folio 70 y hubiera apreciado debidamente la liquidación de folio 66, hubiera asimismo anotado un hecho que aparece ostensible: Que al momento de firmarse el contrato con la sociedad sustituta la trabajadora devengaba un sueldo de $ 17.30 diarios, es decir, de $ 519.00 mensuales y que la liquidación de auxilio de cesantía se le hizo dos años después solamente con un sueldo de $ 420.00 por mes. Se estaría prohijando un fraude a la ley si se permitiera, como ocurrió en el caso sub judice, que habiéndose pactado entre patrono y trabajador que el auxilio de cesantía debía ser pagado a la terminación del contrato con la empresa sustituta, ésta pudiera pagarlo arbitrariamente en cualquier tiempo teniendo en cuenta el salario devengado por el trabajador en la Empresa sustituida, pues se desvirtuaría de esta manera la razón de ser de la prestación social y se estaría contraviniendo la prohibición expresa del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo. La equivocada apreciación y la falta de apreciación de las pruebas que se dejan anotadas produjeron como consecuencia que el Honorable Tribunal incurriera en los errores de hecho anotados que a su vez determinaron la infracción de las normas que se han citado. Si el Honorable Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hechos citados hubiera necesariamente concluido que el pago del auxilio de cesantía de que da cuenta la liquidación de folio 66, careció de valor. Consecuentemente el auxilio de cesantía de TERESA AMAYA SIERRA debía liquidarse por la totalidad del tiempo servido a la terminación del contrato de trabajo, el 30 de junio de 1976. Por otra parte, no habiendo liquidado y pagado a la terminación del contrato de trabajo la sociedad demandada el auxilio de cesantía que en legal forma le correspondía a TERESA AMAYA SIERRA y quedándole debiendo por este concepto una suma muy considerable sin que para ello hubiera justificación de buena fe, pues bien al contrario se pretendió hacerle fraude a la ley y se quebrantó expresamente una prohibición legal, se imponía en consecuencia condenar a la demandada al pa-

go de la indemnización moratoria. En efecto, la absolución de la indemnización por mora se produjo como consecuencia de haber concluido el Honorable Tribunal que el auxilio de cesantía le había sido pagado en su totalidad y en legal forma a la actora. Sólo me falta agregar, a manera de consideraciones de instancia, que no habiendo discusión respecto a que el salario final de liquidación de la trabajadora ascendió a la cantidad mensual de $ 865.00 moneda corriente, liquidándose con el mismo la totalidad del tiempo de servicios, se tiene que por auxilio de cesantía le correspondía a la trabajadora a la terminación del contrato de trabajo la suma de $ 8.811.95. Como la Empresa demandada solamente pagó a la terminación del contrato (folio 65) por este concepto la suma de $ 3.892.50, debe ser condenada al pago de la diferencia, es decir, a la suma de $ 4.919.45. Como consecuencia de no haber pagado a la terminación del contrato el valor del auxilio de cesantía que legalmente le correspondía a la trabajadora, quedándosele debiendo más de la mitad del valor correspondiente a esta prestación sin que este hecho obedezca a excusa de buena fe y sin que pueda alegarse al efecto ignorancia del derecho, la sociedad demandada debe ser condenada asimismo a pagar a la actora, por concepto de indemnización moratoria, la suma de $ 27.00 diarios a partir del 30 de junio de 1972 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de la suma adeudaba por concepto del saldo del auxilio de cesantía".

El opositor hace reparos de carácter técnico a la demanda y respecto del primer cargo concreta la censura así:

"9. El alegato para el primer cargo de aplicación indebida de los artículos 65, 67, 68, 69, 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, no contiene con precisión que en parte la sentencia viola cada una de estas normas. Un fallo absolutorio confirmado por el Honorable Tribunal, consideró que no era el caso de condenar con los argumentos expuestos en la parte motiva de la sentencia; cómo puede surgir la aplicación indebida de esas normas sino se aplicaron? No demuestra el alegato la existencia de una de las causales que precisa el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral. 10. La petición a la Honorable Corte para que se convierta en falladora, revise la prueba y condene en peticiones que los falladores de instancia negaron, sin violar la constitución y la ley, es contraria a la reiterada doctrina de la Corte en el sentido de que el interés privado no tiene cabida en Casación, ni se puede llevar al máximo Tribunal, a estudiar peticiones, hechos, pruebas y a revisar un proceso concluido".

Se considera

En relación con la réplica del opositor se hacen las siguientes observaciones: 1º. Reiteradamente ha dicho la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que cuando se acusa una sentencia por ser violatoria de la ley sustancial a través de errores de hecho, el concepto de violación procedente es el de aplicación indebida, por cuanto la infracción directa y la interpretación errónea son incompatibles con la discusión sobre cuestiones de hecho. 2º. A diferencia de la regulación del recurso extraordinario en otros países, en Colombia, por no haberse establecido lo que se ha denominado el "reenvío", la Corte de Casación, una vez quebrantada la sentencia acusada, dicta la sentencia que ha de sustituir la que se ha casado, asumiendo así las funciones de juzgador de instancia con las facultades propias de los mismos.

Hechas las observaciones anteriores procede la Corte a estudiar el fondo de la acusación, que se fundamenta principalmente en la sustitución de patronos que se produjo entre Incofieltros o Icofieltros, que de ambas maneras la denomina el recurrente, y la sociedad demandada Fábrica de Fieltros Técnicos, Sombreros e Hilazas Ltda. "Fieltec". Sin embargo observa la Sala que esta cuestión fáctica no fue planteada en la demanda inicial, pues en ella se pide la condena por auxilio de cesantía "correspondiente a todo el tiempo trabajado por la demandante al servicio de la demandada", y en los hechos 1º, 2º y 3º se afirma: "La señorita TERESA AMAYA SIERRA empezó a trabajar al servicio de la Sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LTDA., el día dieciséis (16) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962). 2º La señorita TERESA

AMAYA SIERRA trabajó al servicio de la Sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LTDA., hasta el día treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y dos (1972). La señorita TERESA AMAYA SIERRA trabajó continua e ininterrumpidamente al servicio de la sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LTDA., durante el lapso comprendido del dieciséis (16) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962) al treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y dos (1972)".

Fundamentar ahora la acusación a la sentencia recurrida en una pretendida sustitución de patronos efectuada el 1º de enero de 1969 entre una sociedad denominada Icofieltros y la demandada y apoyar en ese hecho la petición sobre reajuste del valor del auxilio de cesantía y la indemnización moratoria, es cambiar la relación jurídico procesal en cuanto a la causa para pedir expresada en la demanda inicial, lo que sólo puede hacerse por el demandante en la oportunidad prevista en el artículo 28 del Código Procesal del Trabajo, o por el Juez de primera instancia cuando decide fallar ultra o extra petita en los términos del artículo 50 del mismo estatuto, pero no en otras etapas del proceso, y menos en el recurso de casación, que por ser extraordinario está sometido a una estricta regulación de carácter técnico. Ni es admisible que el demandante haga ahora esa variación por la simple circunstancia de haber reconocido oficiosamente el Tribunal Superior la sustitución de patronos, pues tal reconocimiento no podía trascender a la parte resolutiva de la sentencia por estarle prohibido fallar extra petita, lo que haría la Corte si acogiera en sede de instancia el planteamiento del impugnador.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente y en la modalidad de aplicación indebida los preceptos legales sustanciales de orden nacional contenidos en los artículos 6º, 7º, 8º y 40 del Decreto 2351 de 1965 (artículo 3º de la Ley 48 de 1968), en los artículos 51, 260 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 y en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, como consecuencia de los siguientes errores de hecho ostensibles o manifiestos: 1. Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo terminó por fuerza mayor comprobada. 2. Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo terminó con autorización previa del Ministerio de Trabajo. 3. No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo terminó por dificultades económicas de la Empresa y por falta de materia prima. Los errores de hecho anotados se produjeron como consecuencia de la indebida apreciación de la Resolución Miniterial número 7390 de 18 de diciembre de 1972 (folios 2, 3, 4, 5, 67, 68 y 69), de la liquidación de prestaciones sociales (folios 18 y 65) y de la diligencia de Inspección Ocular (folios 96, 97, 98 y 99), y de la falta de apreciación del interrogatorio de parte (confesión), absuelto por el representante legal de la demandada (folios 51 y 52) y de la declaración de la testigo MARIA ONOFRE GARZON (folios 56, 57 y 58). Mediante la resolución ministerial, que en fotocopia autenticada aparece a folios 2 a 5 y 67 a 69 del cuaderno principal, el jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca autorizó el 18 de diciembre de 1972 al representante legal de la Empresa demandada para que por motivos de fuerza mayor terminara los contratos de trabajo existentes en dicha Empresa. Según se desprende de los considerandos de dicha resolución la fuerza mayor que el Ministerio encontró demostrada y que acogió como causal de terminación el Tribunal estuvo constituida por las condiciones de deterioro y humedad de la fábrica. Es evidente que el deterioro y la humedad a que hace referencia el Ministerio de Trabajo en la resolución citada no constituye fuerza mayor en los claros términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890 según los cuales la fuerza mayor es 'el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'. El deterioro de la construcción de las instalaciones de la fábrica, la humedad, la insuficiencia de equipos de bombeo, la existencia de un río cerca de la fábrica, la ausen-

cia de otras construcciones cercanas, etc., no pueden evidentemente constituir un caso 'imprevisto' que tenga la característica de fuerza mayor. Todo lo contrario. Las circunstancias de deterioro de las instalaciones de la fábrica, la humedad y todos los demás hechos que considera la resolución eran circunstancias previsibles, debían ser previsibles y por lo tanto no pudieron constituir fuerza mayor. Según se desprende de la liquidación de prestaciones sociales (folios 18 y 65) y de la diligencia de Inspección Ocular (folios 96 a 99) el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó por decisión unilateral de la Empresa el 30 de junio de 1973. En la referida liquidación de prestaciones se dice que el contrato de trabajo termina por cierre de la Empresa sin hacer referencia de causalidad ni con la fuerza mayor ni con la autorización ministerial. Si por esencia la fuerza mayor es un hecho imprevisto al que no es posible resistir, mal podía el Honorable Tribunal deducir que tanto la Empresa como la trabajadora pudieron resistir esa fuerza mayor desde el 18 de diciembre de 1972, fecha en que supuestamente comprobó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la existencia de la fuerza mayor, hasta el 30 de junio de 1973, fecha en que la Empresa terminó el contrato de trabajo de Teresa Amaya Sierra. Es insólito, por decir lo menos, que se haya dado en este caso una fuerza mayor a la cual haya sido posible resistir durante más de seis meses consecutivos. Del interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada, prueba que no apreció el Honorable Tribunal, se desprende con carácter de confesión la causa por la cual terminó el contrato de trabajo que vinculó a las partes. Al formularle al gerente de la demandada la pregunta sexta del interrogatorio (folio 51 vto.) en el sentido de que la Empresa había carecido de motivos que justificaran el despido de Teresa Amaya Sierra, dicho gerente respondió: 'La fábrica por dificultades en materia primas y económicas no ha podido seguir con las labores y por tales motivos había solicitado al Ministerio de Trabajo el respectivo permiso previos conceptos que fueron aprobados por el cierre total de labores y no escogida una persona para despido, el cierre fue definitivo'. Demostrada la equivocada apreciación y la falta de apreciación de la prueba calificada que produjeron los errores de hecho anotados es permisible examinar el testimonio de la declarante MARIA ONOFRE GARZON (folio 57) según el cual se comprueba que el contrato de trabajo terminó por el cierre de la Empresa motivado por falta de materias primas según la circular y el aviso que la Empresa le dio a sus trabajadores corroborándose de esta manera lo que ya había manifestado, con carácter de confesión, el representante legal de la sociedad demandada al absolver el interrogatorio de parte. Queda demostrado, en consecuencia, que el contrato de trabajo no terminó por fuerza mayor sino por causas distintas no invocadas ni alegadas en el momento oportuno. Las dificultades económicas y de materias primas, no es causa legal ni justa para terminar el contrato de trabajo y por consiguiente su utilización como pretexto para despedir genera la obligación patronal de indemnizar. Cuando el contrato de trabajo termina por fuerza mayor, es decir, porque ocurra un imprevisto al que es imposible resistir, el artículo 40-2 del Decreto 2351 de 1965 que invoca la sentencia acusada, dispone que el patrono está en la obligación de dar aviso a la autoridad administrativa para que compruebe esa circunstancia. Dicho de otro modo, en sana lógica, la fuerza mayor y la consiguiente terminación del contrato de trabajo deben producirse antes de que la autoridad administrativa compruebe la existencia de dicha fuerza mayor. No es posible, ni física ni lógicamente, que la autoridad administrativa compruebe fuerza mayor antes de que ésta ocurra ni siquiera simultáneamente, porque no se trataría entonces de un hecho imprevisto. Es ridículo pensar que se pueda acudir al Ministerio de Trabajo anticipadamente para que compruebe la existencia de hechos tales como un naufragio o un terremoto que con carácter de fuerza mayor habrán de ponerle término a los contratos de trabajo. Como en el caso **sub lite** los considerandos que tuvo en cuenta el Ministerio para autorizar la terminación de los contratos de trabajo no constituyen ni pueden constituir fuerza mayor, no podía haber relación de causalidad entre dichas causales de autoriza-

ción de despido con carácter de fuerza mayor y el despido mismo. Los errores de hecho anotados condujeron a que el Honorable Tribunal aplicara en forma indebida las normas que se citan al comienzo del cargo. Si el Honorable Tribunal hubiera apreciado adecuadamente la resolución Ministerial, la liquidación de prestaciones sociales y la Inspección Ocular, por una parte, y si por otra parte no hubiera omitido la apreciación del interrogatorio de parte y de la declaración de MARIA ONOFRE GARZON, hubiera necesariamente concluido que el despido de TERESA AMAYA SIERRA fue injusto y en consecuencia hubiera condenado al pago de la indemnización correspondiente así como al de la pensión sanción, tal como se solicita que lo haga la Honorable Corte Suprema de Justicia en sede de instancia y previa la casación del fallo impugnado, de acuerdo a lo indicado en el Capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

Para el opositor el Tribunal Superior no violó las normas a que se refiere el recurrente, por cuanto el modo de terminar el contrato de trabajo consistente en el cierre definitivo de la empresa es distinto al de la terminación unilateral sin justa causa. Apoya su argumentación en jurisprudencia de esta Sala de la Corte contenida en fallo de abril 21 de 1972.

Por su parte el fallador de segunda instancia dijo lo siguiente sobre el modo como terminó el contrato de trabajo que vinculó a las partes:

"Del acervo probatorio, deduce la Sala, que efectivamente el contrato de trabajo terminó con el pretexto de una autorización del Ministerio de Trabajo ocasionada 'por fuerza mayor comprobada' según se analiza y define en la Resolución número 7390 de diciembre 18 de 1972, y no 7399 como equivocadamente se expresa en la contestación de la demanda. Dicha providencia aparece reproducida en dos copias auténticas, aportadas la primera con la demanda —folios 2 a 5— y la segunda por la parte demandada —folios 67 a 69—. Se está en presencia, entonces, del evento previsto por el numeral 2º del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el literal e) del artículo 6º ibídem. Teniendo en cuenta que la Resolución en comento se notificó en la misma fecha de su expedición —folio 5 vto.— y que el contrato terminó el 30 de junio de 1973 —folio 98—, se infiere que transcurrió un considerable lapso de tiempo entre la autorización del Ministerio de Trabajo y la ejecución patronal de esa medida".

Se considera

La Resolución número 7390 de 18 de diciembre de 1972, que obra en copias auténticadas, folios 2, 3 y 4, y 67, 68 y 69, dice lo siguiente en su artículo Primero: "Autorizar al Representante legal de la Empresa "Fábrica de Fieltros Técnicos y Sombreros e Hilazas Ltda. Fieltec Ltda.", para que termine los contratos de trabajo existentes en dicha Empresa, por fuerza mayor comprobada".

Al contestar las preguntas quinta y sexta del interrogatorio de parte el representante de la sociedad demandada (folio 51 vto) expuso lo siguiente:

"QUINTA: 'Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento cómo es cierto, y yo digo que es cierto, que el 30 de junio de 1972 la sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LIMITADA' unilateral entendió por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba con TERESA AMAYA SIERRA?. respondió: 'No es cierto y aclaro: la fábrica había solicitado el permiso del cierre de labores y no tengo precisión de fechas o días exactos que se ha liquidado y cerrado la fábrica, de todas maneras, se ha cerrado con autorización del Ministerio del Trabajo. Leída la aprobó'. SEXTA: 'Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento cómo es cierto, y yo digo que es cierto, que la sociedad FABRICA DE FIELTROS TECNICOS, SOMBREROS E HILAZAS LTDA., careció de motivo alguno que justificara el despido de la señorita TERESA AMAYA SIERRA'. Respondió: No es cierto y aclaro: la fábrica por dificultades en materias primas y económicas no ha podido seguir con las labores y por tales motivos había solicitado al Ministerio de Trabajo el respectivo permiso previo conceptos que fueron aprobados para el cierre total de labores y no escogida una persona para despido, el cierre fue definitivo. Leída la aprobó".

De las pruebas anteriores se concluye que el Ministerio de Trabajo autorizó la terminación de los contratos existentes en la "Fábrica de Fieltros Técnicos Sombreros e Hilazas Ltda", por fuerza mayor comprobada y que el Gerente de dicha Sociedad manifestó que la solicitud al Ministerio de Trabajo se hizo por dificultades en materias primas y económicas. En el supuesto de que existiese contradicción entre lo que afirman ambas pruebas, no incurrió el Tribunal Superior en notorio error de hecho si aceptó como fundamento de la autorización para terminar el contrato de trabajo el expuesto en la providencia administrativa, porque ante dos medios probatorios que expresan situaciones diferentes bien puede el fallador darle mayor credibilidad a una de ellas. Y si la prueba es un acto administrativo expedido con fundamento en facultades legales, como son las que confiere el Ministerio del Trabajo el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, mayor respaldo adquiere la apreciación probatoria del sentenciador.

Por otra parte el argumento de que los hechos tenidos en cuenta por la respectiva dependencia del Ministerio de Trabajo para autorizar la terminación de los contratos de trabajo no constituyen fuerza mayor no es oponible dentro del recurso extraordinario a la providencia administrativa, que se encuentra en firme por no haberse interpuesto contra la misma los recursos legales, ni haberse pedido su nulidad ante la jurisdicción competente.

No habiéndose acreditado que el Tribunal Superior incurrió en manifiesto error de hecho al haber dado por demostrado que el contrato de trabajo terminó por autorización del Ministerio de Trabajo fundamentada en fuerza mayor comprobada, el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Presente este cargo como subsidiario del anterior en la siguiente forma: La sentencia acusada infringe directamente en la modalidad de interpretación errónea los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 7º, 6º y 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptados como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Independientemente de toda cuestión de hecho el Honorable Tribunal concluye que la terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor no constituye despido que genere responsabilidad patronal y por consiguiente absuelve de la indemnización por despido y de la pensión sanción. Al efecto, precisa que la mencionada fuerza mayor constituye un modo legal de terminación del vínculo contractual y como tal se equipara a un despido justificativo, sobre el presupuesto de que todo lo legal es justo. La interpretación que hace el Honorable Tribunal de las normas citadas es equivocada como ya ha tenido oportunidad de precisarlo la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades".

Transcribe el impugnador pasajes de los fallos de dieciséis de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho publicado en la "Gaceta Judicial" LXXXIX, número 2202, página 265; quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve. "Gaceta Judicial", números 2217 a 2219, página 1204; dieciséis de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, publicada en la misma Gaceta Judicial, páginas 1215 y 1216 y dos de julio de mil novecientos setenta y cinco, sin publicar y termina así la acusación:

"Es ostensible que al precisar el contenido y alcance de las normas señaladas como infringidas el Honorable Tribunal las interpretó erróneamente pues la adecuada interpretación es la que efectuó la Honorable Corte Suprema en las sentencias que se dejan transcritas. Si dicha interpretación errónea no hubiera ocurrido el Honorable Tribunal hubiera concluido que no siendo la fuerza mayor una 'justa causa' para dar por terminado el contrato de trabajo se imponía en consecuencia condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido y a la pensión sanción, tal como debe hacerlo ahora la Honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— en sede de instancia y previa la casación del fallo impugnado, según se solicita en el Capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

El opositor argumenta en relación con la indemnización por despido así: "Si el Juzgado y el Tribunal consideraron que se ha-

bía dado cumplimiento al requisito del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965; si la legislación autoriza al empresario para clausurar labores parcial o totalmente, respetando solamente lo previsto en el numeral 6º del artículo 13 del Decreto 1373 de 1966, no puede acusarlos la demanda de que interpretaron erróneamente los artículos 6º, 7º, 8º del Decreto 2351 de 1965, por cuanto el primero tiene taxativamente los motivos legales por los cuales termina una relación laboral; al segundo las justas causas por las cuales termina igualmente el contrato de trabajo, por mandato del artículo 6º, y el artículo 8º, antiguo artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, permite terminar el contrato de trabajo sin justa causa, por la condición resolutoria".

Se considera

En relación con la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo contemplado en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que a ella sólo tiene derecho el trabajador cuando el patrono termina unilateralmente el contrato de trabajo por motivos no contemplados en el artículo 7º del mismo Decreto, pero que la indemnización no se causa si el modo como termina es otro de los contemplados en el artículo 6º del mismo Decreto. Y aún cuando se estimó por la Sala Laboral que la clausura definitiva de la empresa podría dar lugar a indemnizar al trabajador en los términos del artículo 8º citado, posteriormente fue rectificada la jurisprudencia para fijar como valor de la indemnización el correspondiente a los salarios de un mes. En uno y otro caso se llegó a la conclusión respectiva por haber omitido el patrono el aviso previsto en el artículo 466 del Codigo Sustantivo del Trabajo, situación que no se ha planteado en el cargo. Casación de veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y uno, (Gaceta Judicial Tomo CXXXVII números 2340 2340 a 2345, páginas 729 a 737 y Casación de veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y dos, Gaceta Judicial Tomo CXLII números 2352 a 2357, páginas 473 a 482).

Además y concretamente en lo relacionado con la terminación del contrato por fuerza mayor, la Sala Laboral en Pleno, con salvamento de voto de los Magistrados José Enrique Arboleda Valencia y José Eduardo Gnecco C., llegó a la conclusión que en ese evento no había lugar a indemnizar al trabajador. Dijo así la Corte:

"Dentro del desarrollo normal de la vida jurídica, las obligaciones contraidas por personas capaces, con expresión válida de su consentimiento, exento de vicios como el error, la fuerza o el dolo, deben cumplirse en la forma y términos del respectivo compromiso, y, en caso de falla del deudor, hay lugar a que se le indemnicen los perjuicios sufridos a la víctima del incumplimiento. Pero existen ocasiones en que las fuerzas de la naturaleza o el mandato de autoridad pública hacen imposible que se cumpla lo prometido, pues entonces el querer del deudor, así sea él muy diligente y precavido resulta superado por factores externos irresistibles y cuya ocurrencia no le era dable prever. En circunstancias tales sería contrario a la equidad y aún a los dictados de la simple razón natural que se responsabilizara al deudor por el incumplimiento y se le exigiera indemnizar perjuicios derivados de ese hecho, desde luego que el incumplimiento se debió a acontecimientos superiores a la voluntad y a los propósitos del deudor y que, por esta característica, vencieron o dominaron la voluntad suya. La fuerza mayor, constituida por acontecimientos como los aludidos, exonera de responsabilidad al deudor, siempre que no estuviere ya en mora de satisfacer su compromiso cuando ellos sobrevinieron porque, en tal hipótesis, fue el retardo del deudor lo que permitió la operancia de la fuerza mayor en la situación concreta pues, de haber cumplido éste en oportunidad, aquella fuerza no hubiera alcanzado a afectar dicha situación. Estos principios generales, como es claro, son aplicables, a toda especie de obligaciones emanadas de actos jurídicos. Así pues, cuando la fuerza mayor impide continuar el desarrollo de un contrato de trabajo hasta entonces cumplido cabalmente, no puede calificarse como ilegítima la terminación del vínculo por esa causa o como fruto de una decisión unilateral del patrono que origine indemnizaciones, desde luego que la voluntad de este último quedó superada o vencida por la fuerza mayor, cuya

característica esencial es imponerse a los designios humanos. No sobra recordar, de otra parte, que el despido del trabajador es apenas uno de los modos que la ley prevé para que termine el contrato de trabajo y que se distingue de los demás porque es la voluntad unilateral del patrono la que hace cesar el vínculo laboral y, por ello, los móviles concretos de esa determinación deben acomodarse desde un principio a causales prefijadas en la ley para que el despido sea justo pues, de lo contrario, habrá lugar a que se le indemnicen perjuicios al antiguo trabajador, cuya cuantía en lo que atañe al lucro cesante está regulada legalmente. Pero si el contrato fenece por motivos que predeterminaron las partes, como el vencimiento del plazo pactado o la conclusión de la obra acordada; que convinieron en ese instante, como el consentimiento mutuo para deshacer el vínculo; o por cusas fortuitas, como la muerte del trabajador, la destrucción del establecimiento de labores o de la empresa o su cierre definitivo como consecuencia de fenómenos naturales u otros de fuerza mayor que se impongan a la voluntad del patrono y aún a la del propio trabajador, debe descartarse la existencia de una decisión unilateral del empleador, como origen de la desaparición del vínculo jurídico laboral, como fuente de una responsabilidad de su parte por la ruptura del vínculo y como fundamento de una indemnización de perjuicios a cargo suyo y en favor del empleado cesante o de los causahabientes de éste, si fue su fallecimiento lo que hizo cesar la relación de trabajo. Tanto es así que el artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que sustituyó el 64 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que sea la parte responsable del incumplimiento del contrato, es decir la que determinó que se rompiera el vínculo, la que está en el deber de indemnizarle perjuicios a su contraparte, lo cual implica que cuando el contrato finaliza por motivo distinto de la determinación unilateral e ilegítima del patrono o del trabajador, o sea cuando no existe un responsable, tampoco surge una víctmia que haya sufrido daño por causa de aquel fenecimiento del contrato ni, por ende, la necesidad jurídica de resarcirlo pecuniariamente dicho menoscabo.

"Aún más, en la hipótesis del cierre definitivo o por tiempo mayor de 120 días de una empresa, que obviamente implica una decisión unilateral de clausurar su actividad por parte del patrono, apenas hay lugar al cumplimiento de las formalidades y al pago de indemnizaciones 'por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor', o sea cuando el plazo fijo del contrato exceda a la vida de la empresa. Así lo enseña el artículo 466 del Código Sustantivo, que sólo deja a salvo de su régimen la clausura de empresas que sobrevenga por caso fortuito o fuerza mayor, como circunstancias liberatorias o eximentes de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones de toda índole, según quedó visto. En efecto, la fuerza mayor o el caso fortuito cuando realmente aparezcan comprobados en el campo laboral hacen cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello. Ambas son víctimas de la fuerza mayor: el empresario queda privado de la posibilidad de continuar su negocio y el trabajador de la de prestar el servicio y de recibir así un salario. Pero ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio de su antigua contraparte ni, por ende, está obligado a indemnizar perjuicios". (Casación de febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y seis, Blanca Marín Duque contra Procesadora de Leches, Proleche S. A., no publicada en la Gaceta Judicial).

En relación con la pensión proporcional o restringida contemplada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 la jurisprudencia ha sido variable, pues la Corte ha considerado algunas veces que dicha pensión se causa cuando el contrato termina por otro modo distinto al de la decisión unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, y en otras ha limitado el concepto en el sentido de que solo cuando este último modo se produce hay lugar a la pensión restringida. Esta es la actual jurisprudencia acogida por las dos secciones de la Sala Laboral reunidas en pleno y contenida en el fallo de veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y seis, Alberto de Jesús Jaramillo Jaramillo contra Colegio Francisco Cano de Pío XII, habiendo salvado el voto el Magistrado que es ahora ponente

en el recurso que se estudia, y que procederá a hacer lo mismo en la sentencia que lo decide, por no estar de acuerdo con las decisiones de la Sala Laboral en Pleno.

No habiéndose demostrado que los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965 fueron interpretados erróneamente en relación con los artículos 8º del mismo Decreto y 8º de la Ley 171 de 1961, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso seguido por Teresa Amaya Sierra contra la Sociedad Fábrica de Fieltros Técnicos, Sombreros e Hilazas Limitada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., (con salvamento de voto); *Jerónimo Argáez Castello*, *Juan Hernández Sáenz*.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Las razones que tengo para disentir de la mayoría de la Sala son las mismas que expuse conjuntamente con el Magistrado doctor José Enrique Arboleda Valencia en el salvamiento de la sentencia de dieciocho de febrero de mil novecientos setenta y seis y que transcribo a continuación:

"Es cierto que el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 64 del Código Sustantivo del Trabajo, reproduciendo el primer inciso de éste, determina 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. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente'. Y es igualmente cierto que este precepto corresponde 'a la norma civilista, universal referente a la condición resolutoria de los contratos sinalmáticos, por incumplimiento de uno de los contratantes', como lo afirma el opositor, norma expresada en el artículo 1546 del Código Civil Colombiano.

"Considerado el tema desde el punto de vista abstracto así planteado, conviene anotar, en primer término, que las dos normas citadas difieren fundamentalmente en que en la civil lo que se prevé es una acción opcional para la parte agraviada que puede, a su arbitrio, pedir o el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización de perjuicios, mientras que en la laboral lo que se consagra es únicamente la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato.

"Y esta diferencia surge de la naturaleza de ambos contratos, fundado el primero en la autonomía de la voluntad y regido generalmente por preceptos dispositivos o subsidiarios y regulado el segundo por normas de orden público, que dejan sin efecto lo que desmejore las condiciones del trabajador frente a las respectivas disposiciones legales o a fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas o reglamentos de trabajo.

"De otra parte, y ya situándose en el caso concreto del objeto de este recurso, que lo que pretende en los tres primeros cargos de la demanda es la condena al pago de indemnización por despido injusto de la trabajadora, ha de tenerse en cuenta que el despido es forma típica del incumplimiento del contrato laboral, que no se produce en los contratos de naturaleza civil, y que sólo da nacimiento a la acción de resarcimiento de los perjuicios causados al trabajador, si quien lo incumple es el patrono, o a éste, si es aquél el que rompe intempestivamente. Y ambos casos están taxativamente previstos en el Código Sustantivo del Trabajo.

"En efecto: cuando es el trabajador quien intempestivamente y sin justa causa comprobada termina el contrato, debe cubrir el patrono una indemnización equivalente a treinta días de salario y, si la ruptura injusta proviene del empleador, está obligado a satisfacer los salarios indemnizatorios determinados en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"Y en cuanto a las justas causas de despido es también taxativa la reglamentación legal, según lo establece el artículo 7º del mismo Decreto, que subrogó los artículos 62 y 63 del estatuto laboral, de forma que ni el patrono, ni el trabajador pueden invocar válidamente causales distintas de las allí consagradas.

"Y en este orden de ideas, la fuerza mayor o caso fortuito está previsto en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, como origen de suspensión del contrato, cuando 'temporalmente impida su ejecución', y, como modo de extinguirlo, en los literales e) y f) del Art. 6º del Dto. 2351 de 1965, que subrogó el 61 del Código, bien 'por liquidación o clausura definitiva de

la empresa o establecimiento' o ya por 'suspensión de actividades por más de ciento veinte días'. Pero, tratándose de clausura de labores de empresas que no son de servicio público, aún por fuerza mayor o caso fortuito, el artículo 466 ibídem manda que sea 'sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos concertados por un tiempo mayor'.

"El tenor de este precepto es el siguiente: 'Las empresas que no sean de servicio público no pueden clusurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación, salvo fuerza mayor o caso fortuito.....', lo que quiere decir que en esta circunstancia no es obligatorio, obviamente por ser imposible, el aviso anticipado, más, agrega: '.... Y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor.....', lo que significa que la clausura de labores, a pesar de mediar fuerza mayor o caso fortuito, no exonera al patrono de satisfacer las indemnizaciones por razón de contratos concertados por un tiempo mayor, que abarca tanto los contratos concertados a término indefinido, como fijo.

Por lo consiguiente, la fuerza mayor o el caso fortuito se encuentran previstos en el estatuto laboral respecto de la terminación de los contratos de trabajo y a esta previsión es preciso atenerse. De aquí que no sea pertinente la invocación del opositor al artículo 1604 del Código Civil, que sólo podrían aplicarse por analogía, esto es, a falta de regulación de los efectos de la fuerza mayor o caso fortuito en el Código del Trabajo.

"Del artículo 466 del Código Laboral resulta claro, por otra parte, que no se trata de si la fuerza mayor o caso fortuito es justa causa de fenecimiento del contrato y si implica decisión unilateral del patrono, sino de que dicho precepto, al referirse al modo de extinción del mismo por clausura de labores, no obstante existir aquella circunstancia exonerativa de responsabilidad del deudor, prevé que es 'sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos concertados por un tiempo mayor'. De donde precisa colegir lógicamente que la fuerza mayor o caso fortuito, aún cuando imponga la clausura de labores de la empresa, no libera al empleador de indemnizar a sus trabajadores por la terminación de sus contratos.

"Y tales indemnizaciones no pueden ser otras que las señaladas en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que es el que precisamente las gradúa, teniendo en cuenta su duración fija o indefinida. Y si bien es cierto que esta norma trata de su numeral 2º en adelante de la terminación unilateral del contrato sin justa causa comprobada, también lo es que su numeral inicial, que origina la graduación de las indemnizaciones, es el que establece la regla general en cuya virtud 'en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente'. Y así, es pertinente aplicar a las indemnizaciones que está obligado a cubrir el patrono a sus trabajadores, por mandato del varias veces citado artículo 466, cuando se clausuran las labores de la empresa por fuerza mayor o caso fortuito.

"En consecuencia, al absolver el Tribunal de indemnización por despido injusto con invocación del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, lo aplicó indebidamente (así como el 6º y 7º, señalados por el censor), puesto que lo refirió a un caso no contemplado en él, cual es la fuerza mayor, como causal justificativa de despido, cuando de lo que se trata, como se mostró arriba, es de la clausura de actividades de la empresa, debido a dicha fuerza mayor, que tiene tratamiento especial en el Código Sustantivo del Trabajo".

Solo me resta agregar que si el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo trata la terminación de los contratos de trabajo por clausura de sus labores igual que la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa para efectos de la respectiva indemnización, también debe dársele el mismo tratamiento respecto de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Dejo así salvado mi voto.

José Eduardo Gnecco C.

Fecha ut supra.

EXCEPCION DE PRECRIPCION

Pago de descansos en dominicales y festivos Salario Variable

Indemnización moratoria Buena o mala fe patronal

Liquidación de cesantía. Compensación en dinero de las vacaciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 34).

Miguel Alberto Vargas Sastoque, mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó, por intermedio de apoderado, a la sociedad denominada **Auto Mundial Limitada y a Antonio Puerto T.,** para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se les condenase solidariamente a pagarle las cantidades que resulten probadas por concepto de reajuste del valor de los descansos en días domingos y feriados; reajuste de primas de servicios y vacaciones; auxilio de cesantía por todo el tiempo laborado, "debidamente reajustado de conformidad con el valor que resulte de la primera de las condenas impetradas en este Capítulo, deduciendo de dicho valor el monto de los pagos que se hubieren verificado válidamente, con sujeción a las normas sustantivas"; indemnización moratoria y las costas del proceso.

Afirmó en el libelo que había prestado servicios, mediante contrato escrito de trabajo, a la sociedad demandada, de la cual era socio Antonio Puerto T., desde el 3 de octubre de 1966 hasta el 28 de febrero de 1969, fecha a partir de la cual presentó renuncia del cargo; devengó un salario fijo más comisiones, habiendo percibido en el último mes $ 2.300.00 como fijo y en los dos meses transcurridos en 1969 comisiones por valor de $ 8.276.95; se le pagaron los descansos en domingos y festivos con base en el sueldo fijo únicamente, pues no se tuvo en cuenta el salario variable; por esta razón, tampoco resulta correcta la liquidación de prestaciones que se le practicó y cuyo reajuste se demanda.

Los demandados se opusieron a la prosperidad de las pretensiones del actor negando unos hechos y aceptando otros, y alegaron las excepciones de prescripción y de pago. En la primera audiencia de trámite, el demandante desistió de la demanda solidaria contra el socio Antonio Puerto T.

Surtida la tramitación propia de la instancia, el Juzgado del conocimiento —que lo fue el **Doce Laboral del Circuito de Bogotá**— la decidió, en sentencia de veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, declarando probadas las excepciones propuestas, absolviendo a la sociedad de todos los cargos e imponiendo las costas al actor.

Apelado ese fallo por el procurador judicial de éste, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,** desató la alzada de la siguiente manera:

"1º MODIFICAR el fallo recurrido, el cual quedará así:

"a) ABSUELVESE a la demandada de la INDEMNIZACION MORATORIA reclamada por el actor en su demanda.

"b) DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION respecto de las PRIMAS DE SERVICIOS, DOMINICALES Y FESTIVOS, comprendidos entre el 3 de octubre de 1966 y el 20 de enero de 1969.

"c) DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION DE PAGO, en cuanto a la cesantía, vacaciones, dominicales y festivos, causados entre el 21 de enero de 1969 y el 28 de febrero del mismo año, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

"2º COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA a cargo de la demandante.

"3º SIN COSTAS en esta instancia".

Contra la anterior decisión, proferida el seis de julio de mil novecientos setenta y seis, ha interpuesto recurso de casación el apoderado de la parte actora. Como el dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y ha sido admitido por esta Sala de la Corte, se le va a resolver con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

El recurso extraordinario

Aspira a obtener la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto por sus literales a) y c) del ordinal 1º, aboslvió a la demandada de la súplica por indemnización moratoria y declaró probada la excepción de pago respecto de cesantía, vacaciones y dominicales y festivos "causados entre el 21 de enero de 1969 y el 28 de febrero del mismo año (sic)", para que la Corte, en función de instancia, revoque el fallo de primer grado y, en su lugar, condene a la empresa a pagar reajustes de cesantía y de compensación de vacaciones, e indemnización moratoria desde el 1º de marzo de 1969 hasta el día en que se efectúe el pago de aquellos derechos.

En subsidio, a que se la case, en cuanto a la absolución del literal a) del ordinal 1º por el extremo de indemnización moratoria, para que, en la sede subsiguiente, modifique la decisión del Juzgado en el sentido de condenar al pago de la dicho indemnización por el tiempo comprendido entre el 1º de marzo de 1969 y el 17 de junio de 1972, fecha del reparto de la consignación.

A tal propósito, con fundamento en la causal primera de casación, el impugnante formula los dos cargos que a continuación se estudian.

Primer cargo

Acusa violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 65, 176, 186, 249 y 253 *ibídem*, y 14 y 17 del Decreto Ley 2351 de 1965.

Para la demostración del cargo, el censor comienza por criticar la sentencia, en cuanto, alegando razones de economía procesal, restringe el examen y decisión de la cuestión litigiosa a los derechos que estima no afectados por la prescripción y que, en concepto del juzgador, "son los descansos dominicales y festivos entre el 21 de enero y el 28 de febrero de 1969, el reajuste de la cesantía con base en ese nuevo factor salarial y el reajuste de las vacaciones compensadas en dinero, también con referencia al mayor valor por descansos en dominicales y festivos".

En este planteamiento aparentemente razonable y justificado por la economía procesal —observa el impugnante— se encuentra la primera equivocación del fallador y el origen mediato o inmediato de sus restantes desaciertos, porque al proceder conforme al criterio expuesto invirtió el orden lógico de los factores que inciden en la decisión, desvirtuando su naturaleza, e incurriendo prácticamente en un prejuzgamiento.

Sostiene luego que el Tribunal, al estimar que para el reajuste de le cesantía solamente debería tomarse en cuenta la suma de $ 512.64 equivalente al valor de los descansos no prescritos, con exclusión de los promedios afectados por el fenómeno extintivo, por considerar, con acogimiento de la tesis alegada por el apoderado de la demandada, que "lo prescrito equivale a no devengado y es injurídico y contrario a una sana valoración de la prueba admitirla parcialmente para un hecho y tomarla en su integridad para otro", incurrió en otros dos yerros ostensibles, pues, de un lado, no hay equivalencia entre lo prescrito y lo no devengado. Aquello supo-

ne la existencia de la obligación y su desaparecimiento posterior por el transcurso del tiempo; y lo segundo, que el derecho reclamado jamás existió ni pudo producir efectos jurídicos. Y, de otra parte, porque "la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones a las cuales afecta de diferente manera, según la naturaleza de cada obligación, según la fecha en que se causa, según la regulación legal, etc.".

La errónea interpretación apuntada, condujo al sentenciador a infringir los preceptos legales que amparan los derechos demandados, así: los artículos 249 y 253 Código Sustantivo del Trabajo, este último modificado por el 17 del Decreto 2351 de 1965, a cuyo tenor, para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los últimos tres (3) meses. En caso contrario y en el de los salarios variables, deberá tomarse el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. Y el artículo 14-3 del mismo Decreto mencionado, ya que, conforme a él, la compensación en dinero de las vacaciones debe hacerse tomando como base el último salario devengado por el trabajador, sin que para ello sea óbice que el pago no se le hubiera hecho o que la obligación de pagarlo se hubiera extinguido por prescripción.

Las violaciones anteriores, a su vez, sirvieron de conducto al fallador para transgredir también el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues éste se aplicó sobre la base de que no existían a cargo de la empresa obligaciones pendientes de pago y, como surge de una correcta interpretación de las normas analizadas, tales obligaciones sí existían y generan el reconocimiento de la indemnización moratoria.

El referido precepto fue violado, ademas por haber sido interpretado erróneamente. Según el **ad quem**, el ordenamiento contempla dos situaciones diferentes que se cumplen en momentos y circunstancias distintas. Una, el pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato; y otra, la consignación de la suma que se confiese deber, cuando surja desacuerdo entre las partes. De allí que también hubiera exonerado a la empresa del pago de la indemnización moratoria por haber cancelado al trabajador, al finalizar el vínculo y sin reparos de éste, las acreencias que ambas partes consideraron causadas; por haber consignado lo que creyó deber, cuando, posteriormente, en el año de 1972, surgió un desacuerdo entre ellas.

Para el censor aquella intepretación es equivocada, pues la norma no consagra varios momentos u oportunidades para el cumplimiento de las obligaciones patronales, sino uno solo. Es a la terminación del contrato —afirma— cuando el patrono debe pagar los salarios y prestaciones debidos; es a la terminación del contrato cuando se examina si hay lugar a retención y es a la terminación del contrato cuando el patrono debe consignar la suma que confiesa deber, ante el desacuerdo o la negativa del trabajador a recibir. Semejante interpretación —continúa— conduce a la inanidad del precepto, porque si el reclamo patentiza el desacuerdo, sin el cual no hay obligación de consignar, la ausencia de reclamo debe tomarse como ausencia de desacuerdo idónea por sí misma para exonerar de la indemnización.

Concluye reiterando la solicitud de quebranto de la sentencia en la forma expresada en el alcance de la impugnación y presentando una liquidación de cesantía y de compensación de vacaciones, a manera de consideraciones de instancia.

El opositor formula críticas al alcance de la impugnación, en cuanto a la aspiración subsidiaria y con referencia a la forma como aparece desarrollado el segundo cargo. En relación con este primero manifiesta que la argumentación sobre la forma como debe liquidarse la cesantía y sobre lo que debe entenderse por devengado o no, considerada aisladamente, sería inobjetable, "pero ya estando de por medio la prescripción la cuestión es totalmente distinta y en esto es donde peca precisamente el planteamiento del cargo, pues no demuestra cómo a través de una errada interpretación de los artículos de la prescripción se llega igualmente a interpretar erradamente los que respaldan los derechos de cesantía, vacaciones y aún el de la indemnización moratoria".

No puede entenderse —asevera— cómo, si el recurrente acepta que los únicos descansos en dominicales y festivos a que tiene derecho son los no prescritos, sostenga que para liquidar la cesantía y las vacaciones adquieren inusitado valor aquellos que no tienen derecho a recibir por haberse extinguido por prescripción. "Si el derecho en sí mismo considerado, per se, no es exigible, no se paga, cómo respecto a otros derechos, —se pregunta— que tienen que derivar necesariamente la razón de su mayor valor del primero, lo puedan adquirir. Es válido decir aquí que lo accesorio, que son las reeliquidaciones, sigan la suerte de lo principal, los descansos dominicales y festivos".

Respecto de los "salarios caídos" expresa que, si los hace derivar del mismo hecho, o sea la reliquidación producida en las prestaciones en razón del fenómeno de la prescripción, correrían la misma suerte, es decir, si no surte efecto lo primero, mal lo puede producir lo que es una consecuencia. Y agrega que la interpretación del artículo 65 nada tiene que ver con la errónea interpretación inicialmente planteada, por lo cual requería un cargo separado.

Se opone así, a la prosperidad de la acusación.

Para resolver, se considera

Es evidente que el estudio de la excepción de prescripción, y de los medios exceptivos en general, por razón de su propia naturaleza, de elementales principios de lógica y del método que surge por imperativo de la ley para la adopción de una adecuada definición de los procesos judiciales, sólo procede cuando el fallador ha encontrado establecidos los hechos que dan lugar al nacimiento de los derechos reclamados y que, por lo mismo, son fundadas las pretensiones del demandante. El juzgador debe, por lo tanto, adelantar previamente el examen investigativo que lo conduzca a aquella conclusión y sólo después de obtenido ese resultado le es dable penetrar en la averiguación de si las excepciones aducidas para extinguir o enervar los respectivos derechos se encuentran, de igual modo, comprobadas en el juicio. Y ello es así, porque la eficacia de las excepciones está condicionada a la existencia de lo que con ellas se pretende hacer expirar, morir o desaparecer.

Conforme a lo expuesto, si el Tribunal hubiese invertido ese orden lógico y natural en el estudio de la situación planteada en el proceso, se habría equivocado y tendría razón el recurrente en la crítica que le formula. Mas, en tal supuesto, el yerro no habría surgido como consecuencia de una errónea interpretación de las normas que consagran el fenómeno prescriptivo, pues que no fueron ellas, en este punto, objeto de exégesis alguna. Tal manera de proceder habría sido adoptada simplemente, como lo destaca el propio impugnador, "por razones de economía procesal", y su incidencia se habría hecho notoria en otras diferentes disposiciones legales y aún en las comprendidas en el ataque, pero por distinto camino del escogido para proponerlo.

Con todo, cabe anotar que el fallo acusado, aún cuando no es lo suficientemente explícito, no contiene el defecto que se le atribuye. El sentenciador tiene como demostrado el derecho del trabajador al pago de la parte insoluta de los descansos dominicales y festivos, pero, al mismo tiempo, con fundamento en que el contrato terminó el 28 de febrero de 1969 y el reclamo escrito del trabajador solo tuvo lugar el 20 de enero de 1972, declara prescrito ese derecho en relación con los días de descanso anteriores al 21 de enero de 1969 y no afectados por el fenómeno de la prescripción los comprendidos entre esa fecha y el 28 de febrero del mismo año. Así se desprende de los siguientes pasajes de la sentencia:

"Pago de descansos en dominicales y festivos. De acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la H. Corte sobre interpretación del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, en los salarios variables no se encuentra incluido el pago del descanso dominical, por lo cual éste debe ser remunerado con el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior.

"Está comprobado que la demandada no tuvo en cuenta el salario variable para remunerar los descansos dominicales y festivos, por lo cual deberá cancelar al demandante aquellos que no hayan sido afec-

tados por el fenómeno prescriptivo y que habida consideración de la fecha del reclamo del demandante, serían los comprendidos entre el 21 de enero y el 28 de febrero de 1969. De acuerdo al experticio —fl. 100—, el valor de tales conceptos es de $ 512.64, que resulta de sumar los promedios diarios comprendidos entre esas fechas".

El ad quem, como se deja aclarado, tuvo como probado que el trabajador tenía derecho al pago de los descansos en domingos y festivos con base en el salario variable estipulado, y que este salario debía tenerse en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantía y para la compensación de vacaciones. Pero estimó también que aquel derecho había sido parcialmente afectado por la prescripción y que, como "lo prescrito equivale a no devengado", resolvió excluir aquella parte de la remuneración para efectos de la liquidación de las mencionadas prestaciones. Al reflexionar de esta manera hizo una innegable equivocada interpretación de los preceptos reseñados en el cargo, pues la figura de la prescripción se edifica sobre la base fundamental de la existencia del derecho y se endereza precisamente a destruirlo. Para que esto ocurra, para que su destrucción o fenecimiento sea posible, es necesario que el derecho haya tenido vida en el mundo jurídico y la tenga, inclusive, en el momento en que se esgrime contra él el ataque defensivo; de no ser así, éste resultaría inocuo y caería en el vacio.

El trabajador, sí prestó los servicios conforme a lo pactado, ganó el derecho a la remuneración convenida y ésta se causó en su favor e ingresó a su patrimonio, vale decir, la devengó. Cosa distinta es que no la haya percibido porque el patrono se abstuvo de pagarla, o por cualquier otro motivo. Pero el incumplimiento patronal —prolongado en el tiempo más allá de los límites previstos en la ley y sin que haya mediado reclamo escrito del trabajador— si bien da lugar a que se declare extinguida la obligación de pagar y prescrita la acción para demandar su efectividad, no permite concluir que el respectivo derecho jamás existió, o que el trabajador no devengó salario por servicios que, sin discusión alguna, se reconocen prestados por él. Precisamente la declaración de extinción de ese derecho es el reconocimiento más claro de su existencia anterior. Es, pues, absolutamente equivocado e inadmisible sostener, como lo hace el Tribunal con referencia al salario, que "lo prescrito equivale a no devengado". Si el derecho a la remuneración correspondiente a algunos descansos obligatorios se encuentra prescrito, no por ello cabe hacer la afirmación de que esa remuneración no fue ganada o devengada por el trabajador.

Los artículos 189 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, respectivamente, disponen, en su orden, que para la compensación en dinero de las vacaciones se tome como base el último salario devengado, y para la liquidación del auxilio de cesantía también el último salario mensual devengado o el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor. Al dar el fallador a la expresión "devengado" un significado o alcance distinto del que realmente tiene y que se dejó explicado, hizo una equivocada inteligencia de esos preceptos, violándolos en consecuencia.

Las normas sobre prescripción fueron inicialmente bien entendidas por el fallador, para efectos de computar el tiempo que ellas señalan y declarar prescritos o extinguidos los derechos afectados por ese fenómeno, haciéndoles producir, de modo correcto, todas sus consecuencias. Pero, posteriormente, al volver sobre su contenido con el fin de resolver las súplicas por cesantía y vacaciones, desentrañó el significado, el sentido, el alcance jurídico del dicho fenómeno y del vocablo "prescrito", para hacerlo equivalente, no ya a la extinción, sino a la inexistencia del derecho. Y es en este momento, a través de esa exégesis, cuando surge la errónea interpretación de los cuestionados preceptos. Tal equivocado entendimiento se trasladó a los artículos que establecen la forma como deben liquidarse la censantía y la compensación de vacaciones y, de este modo, resultaron ellos también erróneamente interpretados, pues no es cierto que exista equivalencia (o igualdad en el valor o estimación, según el Diccionario de la Real Academia) entre lo prescrito y lo no devengado, para tener como no devengado el sa-

lario que efectivamente se devengó, pero que luego prescribió.

Resulta, igualmente, errónea la interpretación dada al artículo 65, para, con fundamento en ella, llegar a la conclusión final de que la mora en que pudo haber incurrido el empleador estuvo revestida de buena fe. El referido ordenamiento es claro y terminante al consagrar la obligación patronal de cancelar, a la expiración del contrato, todos los salarios y prestaciones debidos, so pena de hacerse acreedor a la indemnización por mora, salvo los casos de excepción en él previstos. El numeral 2º no señala otro momento distinto para dar cumplimiento a aquella perentoria obligación, sino que, simplemente, ofrece al patrono que se encuentre en imposibilidad de hacer el pago, por desacuerdo con el trabajador o ante la negativa de éste a recibir, el remedio de consignar la suma que confiese deber, para exonerarse de la respectiva sanción. La obligación patronal nace a la terminación del contrato, y es entonces cuando debe pagar o consignar. No es correcto, por lo tanto, distinguir diferentes etapas para su cumplimiento y menos inferir que la obligación de consignar sólo surge después de que el trabajador ha reclamado y se ha hecho ostensible el desacuerdo. Si así fuera, al patrono le bastaría con abstenerse de pagar, o pagar una suma irrisoria, en espera de que el trabajador le proteste o le formule reclamo para proceder a consignar y alegar luego la buena fe. El pago, o la consignación en su caso, deben ser hechos de manera oficiosa —si se permite la expresión— en cumplimiento de un mandato legal. El reclamo o la demanda del acreedor no puede servir de causa justificativa de la mora en que el deudor haya incurrido, ni la falta de reclamo durante el tiempo de mora puede constituir fundamento válido para que a ésta se la califique como de buena fe.

Dedúcese, de lo expuesto, que las violaciones de ley afirmadas en la acusación se hallan demostradas. El cargo prospera y la sentencia deberá ser casada.

Consideraciones de instancia

Se halla acreditado que el demandante Vargas devengó, como retribución de sus servicios, un salario en parte fijo y en parte variable, y que para la remuneración de los descansos en días domingos y festivos no se tuvo en cuenta la cuota correspondiente a esta última modalidad salarial. Su derecho a ella es claro, por lo tanto. Mas el término de la prescripción comenzó a correr a medida que la remuneración por el respectivo descanso se hizo exigible y sólo se reclamó por escrito para interrumpirlo el día 20 de enero de 1972. Esta interrupción, según las voces de los artículos 488 y 489 Código Sustantivo del Trabajo, apenas logró dejar a salvo el valor de los descansos comprendidos entre el 20 de enero de 1969 y la fecha en que terminó el contrato, esto es, el 28 de febrero de ese mismo año, pues el derecho a la remuneración correspondiente a los del tiempo anterior se extinguió en virtud del fenómeno prescriptivo oportunamente alegado por la demandada. Conforme al dictamen pericial, visible a folios 91 a 104, que establece el valor del salario promedio devengado por el trabajador en cada semana, el monto de los no prescritos asciende a la suma de $ 512.64.

El documento de folio 16 demuestra el pago que se hizo al actor el 4 de marzo de 1969 por concepto de cesantía y compensación de vacaciones. Como en la respectiva liquidación no se tuvo en cuenta lo devengado por el trabajador como remuneración por descansos con base en el salario variable, procede el reajuste impetrado en el libelo inicial, habida consideración de que tales derechos (al auxilio de cesantía y a la compensación de vacaciones) no fueron afectados por la prescripción y de que, si bien el derecho al salario por descansos prescribió en su mayor parte, no por ello perdió el carácter de salario devengado, como se dejó expuesto al estudiar el cargo, que es la calidad que exigen los artículos 253 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, que tenga el salario para que pueda servir de base para las respectivas liquidaciones. El salario mensual promedio devengado por el trabajador en el último año de servicios, según lo determina el concepto del perito, con inclusión de la remuneración fija, lo pagado por comisiones y lo dejado de pagar por descansos en dominicales y festivos, fue de $ 7.235.23.

Hechas las operaciones aritméticas correspondientes se obtiene el resultado de

$ 17.444.94 por la cesantía de 2 años, 4 meses y 25 días, y de $ 5.547. 00 por los 8 días de vacaciones no disfrutadas. Mas como la empresa pagó por esos extremos, en la fecha arriba expresada, (fl. 16) la suma de $ 19.931.45 y consignó, el 16 de junio de 1972, por esos mismos conceptos y por el de reajuste de salarios, la cantidad de $1. 068.20, todo lo cual arroja el guarismo de $ 20.999.65, habrá de declararse probada la excepción de pago hasta la concurrencia de esta suma.

En la creencia equivocada —contra legem— de que en el salario variable pagado por períodos de un mes, debía entenderse incluido el valor de los descansos en días domingos y festivos, la empresa se abstuvo de cancelarlos al trabajador. Repetidas veces ha explicado la jurisprudencia de la Sala que el desconocimiento o ignorancia del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo no constituye razón justificativa, o generadora de buena fe, de la mora patronal en el pago de la remuneración por descansos obligatorios. Tal mora está plenamente demostrada sin atenuantes valederos, pero la indemnización de que trata el artículo 65 ibídem deberá limitarse hasta la fecha de la consignación, pues, aunque la suma consignada no haya sido suficiente, tampoco resulta irrisoria frente a lo realmente debido, si se tiene en cuenta que, a virtud del fenómeno de la prescripción, la deuda por descansos se extinguió casi totalmente a partir del 20 de enero de 1972. Vale esta condena, a razón de $ 241.17 diarios, por el tiempo comprendido entre el 1º de marzo de 1969 y el 16 de junio de 1972, $ 285.791.58. Las costas de ambas instancias serán de cargo de la parte demandada en un cincuenta por ciento (50%).

No se estudia el segundo cargo por colmar la prosperidad de éste las aspiraciones del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, proferida el seis de julio de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto por sus literales a) y c) del ordinal 1º absolvió a la demandada por concepto de indemnización moratoria y declaró probada la excepción de pago total respecto de cesantía, compensación de vacaciones y remuneración por descansos en domingos y festivos causados entre el 21 de enero y el 28 de febrero de 1969, y en cuanto por su ordinal 2º condenó a la parte actora a pagar las costas de la primera instancia y por el 3º declaró sin lugar a costas en la segunda, y, en función de instancia, REVOCA el fallo de primer grado en lo relativo a las absoluciones por esos mismos extremos, y, en su lugar, CONDENA a la Sociedad Auto Mundial Limitada a pagar a Miguel Alberto Vargas Sastoque, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las sumas de $ 2.504.93 por concepto de remuneración por descansos de los días domingos y festivos comprendidos entre el 21 de enero y el 28 de febrero de 1969 y por reajuste de auxilio de cesantía y de compensación de vacaciones; y doscientos ochenta y cinco mil setecientos noventa y un pesos con 58/100 ($ 285.791.58) por concepto de indemnización moratoria. DECLARA, así mismo, probada la excepción de PAGO PARCIAL, respecto de aquellos descansos y prestaciones, de acuerdo con lo expresado en las consideraciones de instancia.

Las costas de ambas instancias, en un cincuenta por ciento (50%), a cargo de la parte demandada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, (con salvamento de voto); *Hernando* Rojas Otálora. ... ...

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(Radicación número 5689)

Me aparto de lo resuelto en la sentencia de casación dictada en el juicio de Miguel Alberto Vargas Sastoque contra Auto Mundial Limitada.

El cargo contra la sentencia acusada se formuló por interpretación errónea de algunas normas, pero el fallo recurrido no incurrió en la interpretación que el recurrente presenta.

El sentenciador entiende que hubo derecho al pago del descanso dominical en cuanto al salario variable no comprende la remuneración de ese descanso, y dice que se debe el valor correspondiente al tiempo no prescrito. Luego el sentenciador entiende perfectamente el fenómeno prescriptivo, ya que examina si existió el derecho, si se devengó el descanso, si se tuvo derecho a la remuneración correspondiente, para luego por el fenómeno de la prescripción, encontrar extinguido ese derecho.

El propio fallador de segundo grado habla de que lo pedido en cuanto a la consideración del descanso dominical prescrito, para el cálculo de le cesantía, constituye una aplicación impropia de la prescripción, cuando dice que "...tomar los promedios prescritos sería darle una aplicación impropia a este fenómeno".

El que se haya dicho que lo prescrito equivale a lo no devengado, no es una interpretación errónea de las normas sobre prescripción, sino que puede ser una aplicación indebida de las mismas. Lo equivalente no es igual en esencia sino en valor, de tal manera que decir de dos normas que son equivalentes, es decir que son diferentes pero que tienen el mismo valor, por lo cual no resulta entendimiento equivocado de la prescripción, creer que lo prescrito es distinto de lo devengado pero de valor igual a ello, pues al afirmar la equivalencia se está asegurando la diferencia de naturaleza. Puede ser una aplicación indebida de la ley porque lo que debe tomarse en cuenta para la cesantía es lo devengado aunque no sea debido, como ocurre con lo pagado, pero de ninguna manera puede llegarse a la interpretación errónea.

No es posible tergiversar el contenido mismo de la sentencia para configurar una interpretación errónea que no existió.

El cargo por lo tanto estaba completamente desenfocado y no podía prosperar.

Bogotá, septiembre 27 de 1977.

Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

DESPIDO COLECTIVO DE TRABAJADORES

PROTECCION EN CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS

EL REINTEGRO DEL TRABAJADOR AL CARGO QUE VENIA DESEMPEÑANDO NO SURGE DEL DESPIDO COLECTIVO ILEGAL

ALCANCE DEL ART. 40 DEL DECRETO 2351 DE 1965

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 42).

José Suárez Molina demandó por medio de apoderado judicial a la Sociedad Transformadores Ruiz Mora Limitada, domiciliada en Bogotá, para que se la condene, teniendo en cuenta que el despido no produce ningún efecto en los términos del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando en el momento del despido y a pagarle los salarios dejados de percibir desde el día dos de mayo de mil novecientos setenta y dos y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, a título de indemnización y a las costas del juicio.

De acuerdo con los hechos de la demanda José Suárez Molina trabajó al servicio de la Sociedad Transformadores Ruiz Mora Limitada desde el 5 de agosto de 1970 hasta el 2 de mayo de 1972, fecha en que la sociedad demandada cerró intempestivamente sus dependencias, despidiendo en forma ilegal a varios trabajadores, entre los cuales se encontraba el demandante. Los trabajadores despedidos colectivamente denunciaron los hechos ante las autoridades administrativas del trabajo, las que iniciaron una investigación que culminó con la Resolución número 3191 de 27 de junio de 1972 expedida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, que declaró como despido colectivo el efectuado por la Sociedad demandada, encontrándose entre los trabajadores despedidos ilegalmente el señor José Suárez Molina, cuyo despido no produce efecto alguno conforme con la señalado en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, por lo cual tiene derecho a ser reintegrado y a que se le paguen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el día en que se haga efectivo el reintegro. El último salario devengado por el demandante fue de $ 34.00 diarios.

La demanda no fue contestada.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el doce de julio de mil novecientos setenta y seis, en cuya parte resolutiva absolvió a la Sociedad Transformadores Ruiz Mora Limitada de todos y cada uno de los cargos formulados por José Suárez Molina, a quien condenó en costas.

Como la sentencia no fue apelada se surtió el grado de consulta por ser totalmente desfavorable al trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral en fallo de treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y siete confirmó el de primer grado.

Interpuso el recurso de casación el apoderado de José Suárez Molina. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte el recurso se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria presentada oportunamente. La parte no recurrente se abstuvo de presentar escrito de réplica.

Alcance de la impugnación

Pretende el casacionista que se case totalmente la sentencia acusada en cuanto confirma el fallo de primer grado y que procediendo como Tribunal de instancia la Corte revoque la sentencia a quo y condene a la sociedad demandada a reintegrar al señor José Suárez Molina al cargo que venía desempeñando en el momento del despido y a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el 2 de mayo de 1972 hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, a razón de $ 34.00 por día.

Con fundamento en la causal primera de casación el recurrente formula un CARGO UNICO, así:

"La sentencia acusada infringe directamente y en la modalidad de interpretación errónea la norma sustantiva de orden nacional contenida en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, disposición adoptada como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, en relación con los artículos 8º y 9º del Decreto 2351 de 1965, los artículos 1º, 18, 19, 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 6º, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil. Al tratar de precisar el contenido del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 el Honorable Tribunal concluye que esta norma no consagra la acción de reintegro en favor de los trabajadores despedidos colectivamente, pues apenas se limita a reconocer a los mismos el derecho a la indemnización por despido injusto, habida cuenta de que la ley ha determinado expresamente los casos en los cuales el despido ilegal genera la llamada 'ación de reintegro', sin que para el evento de los despidos colectivos el legislador hubiera establecido dicha acción. La interpretación que hace el Honorable Tribunal —respaldado ciertamente en jurisprudencias anteriores de la misma corporación y aún de la Honorable Corte Suprema de Justicia— es claramente equivocada como pasa a demostrarse en seguida. Según un principio general de derecho acogido normativamente por el artículo 6º del Código Civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la Ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Es asimismo principio universal de derecho que la nulidad de un acto da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo (artículo 1746 del Código Civil). El artículo 9º del Decreto 2351 de 1965 prohíbe expresamente al patrono el cierre intempestivo de su empresa. Y el artículo 40 del mismo decreto determina el trámite que el patrono debe seguir cuando considere que necesita cerrar total o parcialmente su Empresa y efectuar despidos colectivos precisando que NO PRODUCIRA NINGUN EFECTO el despido colectivo que se efectúe pretermitiendo dicho trámite. Adecuadamente interpretado, el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 armonizado con el artículo 9º del mismo decreto, debe entenderse que establece que el despido colectivo hecho sin autorización administrativa es nulo. Yendo más lejos puede aún válidamente entenderse que dicho despido es inexistente. Dicho de otro modo, el despido colectivo sin previa autorización ministerial es un acto empresarial o patronal que no tuvo vida jurídica y por lo tanto no puede producir ningún efecto. Pero limitándose al terreno y la teoría de la nulidad, dicho acto es nulo y no produce efectos pues deriva de una conducta expresamente prohibida por la Ley que conlleva necesariamente la consecuencia de restitución al mismo estado en que se hallaban las partes si dicho acto ilegal no se hubiera producido (reintegro del trabajador al empleo que ocupaba cuando fue ilegalmente despedido). Carece de relevancia el hecho de que el legislador hubiera olvidado estipular de manera expresa en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 la acción de reintegro para los trabajadores colectivamente despedidos de manera ilegal. Si el derecho al reintegro, a la reinstalación en el empleo, emana sin lugar a dudas del contexto de la norma como un derecho sustantivo, no puede él mismo sacrificarse impunemente

con el pretexto de que el legislador omitió la consagración expresa de la correspondiente 'acción' y de los demás trámites procedimentales para llevarla adelante, pues es asimismo principio jurídico universal de interpretación de las normas procesales el de que éstas, expresas o implícitas, están al servicio del reconocimiento y efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (artículo 4º Código de Procedimiento Civil).

El artículo 40 del Decreto 2351 no puede ser analizado en forma aislada pues para entender su auténtico contenido debe interpretarse en relación con otras disposiciones tales como el artículo 9º del mismo decreto con el cual está íntimamente ligado. La prohibición de despedir colectivamente, la consecuencia de que el despido colectivo ilegal carece de efectos, son circunstancias y previsiones legales que deben interpretarse en forma integral y armónica. La acción de reintegro, expresamente consagrada en la ley para los casos de despido del trabajador amparado por fuero sindical (artículo 7º Decreto 204 de 1957) y el trabajador con más de diez años de servicio continuo (artículo 8º-5 del Decreto 2351 de 1965), está necesariamente implícita en el evento de que el patrono no reinstale al trabajador luego de la suspensión del contrato por prestación del servicio militar (artículo 51-5 Código Sustantivo del Trabajo), en el evento del despido injusto durante la negociación colectiva (artículo 25 Decreto 2351 de 1965) y también, necesariamente, en el evento del despido colectivo ilegal, administrativamente calificado. Donde hay la misma razón debe operar la misma disposición. El caso en el cual la ley prohíbe expresamente el despido pero lo sanciona de manera diferente a la obligación de reinstalar en el empleo es el de la trabajadora en estado de embarazo (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). Este despido, hecho contra la expresa prohibición legal, sí produce efectos pues en caso de que ocurra genera indemnizaciones específicas adicionales a la del despido injusto propiamente dicho. Pero es que aquí, de manera excepcional, el acto patronal ejecutado contra la prohibición de la ley no es nulo porque la misma ley dispone otra cosa (artículo 6º Código Civil). El Honorable Tribunal, tal como lo había hecho el **a quo** cuyos análisis al respecto acoge, considera erróneamente que el reintegro no es una indemnización. Seguramente con apoyo en la lectura de la norma contenida en el artículo 8º-5 del Decreto 2351 de 1965 en la cual expresamente el legislador consideró como beneficio alternativo del trabajador injustamente despedido después de diez años de servicios el de obtener o el reintegro o la indemnización por despido, el Honorable Tribunal dedujo, con protuberante error, que el numeral 5º del artículo 40 del Decreto 2351 al hablar de indemnizaciones eliminó a propósito los reintegros, beneficios que son excluyentes uno del otro en concepto del **ad quem**. Si se lee por ejemplo el artículo 7º del Decreto 204 de 1957 se ve claramente que el legislador consagró las indemnizaciones en dinero no como excluyente del reintegro sino precisamente como complemento del mismo. En estricto derecho, la indemnización no es otra cosa que la reparación del daño ilegal o injustamente causado, de entre todas las formas de indemnización, es decir, de reparación del daño injustamente causado, surge así como la primera y tal vez más importante la de reinstalación en el empleo (reintegro). ¿De dónde pues dedujo el Honorable Tribunal que por hablar el artículo 40-5 del Decreto 2351 de indemnizaciones, quedaba excluida de las mismas la reinstalación en el empleo? Lógicamente, siendo como es el reintegro, de ser posible, la primera y más importante forma de reparación del daño ilegalmente causado por el acto patronal del despido (Indemnización), su conocimiento está igualmente adscrito a la justicia del trabajo en los claros términos del numeral 5º del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965. Queda en los anteriores términos demostrada la errónea interpretación con las demás normas legales citadas. Esta errónea interpretación fue la causa que determinó la absolución de la sociedad demandada de las peticiones contenidas en la demanda. Resulta así que existió una relación directa, inmediata, entre la errónea interpretación de la norma y la parte resolutiva de la sentencia acusada. Si el Honorable Tribunal no hubiera incurrido en la errónea interpretación que se deja demostrada, hu-

biera necesariamente concluido que estando implícito en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 el derecho del trabajador ilegalmente despedido en forma colectiva a ser reinstalado en el empleo y por consiguiente estando también implícita la respectiva acción de reintegro, siendo por lo demás dicho reintegro una indemnización sobre la cual debía resolver la justicia del trabajo, se imponía de manera necesaria condenar a la sociedad demandada a reinstalar al demandante al cargo que ocupaba cuando fue despedido contra expresa disposición legal, pagándole los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que ha permanecido y permanezca cesante. Es decir, se imponía la condena que ahora se solicita que disponga la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sede de instancia y previa la casación del fallo acusado, tal como se indica en el capítulo IV de esta demanda que precisa el alcance de la impugnación".

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre la petición del trabajador a ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando: "En el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la Sociedad demandada (folios 31 a 33) se acepta la existencia del contrato de trabajo, así como el despido de que fue objeto el trabajador demandante por parte del patrono. Obra también en el proceso (folios 9 a 11) la Resolución número 3191 de junio 27 de 1972, con constancia de ejecutoria (folio 13), mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró como despido colectivo el efectuado por la Empresa al demandante junto con otros trabajadores de la misma. Así, se demanda en el sub lite el reintegro del actor con fundamento en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 que el Juez a quo transcribe en el fallo consultado y quien absuelve de la petición por considerar que la norma en cita no consagra el reintegro solicitado, razonamientos acertados que esta Sala prohija para confirmar su decisión. En efecto, los casos de reintegro los consagra la ley taxativamente, además de los que se estipulan en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales, cuestión ésta que no se presenta en autos. Y, el inciso 5º, del artículo 40 antes citado, apenas le da atribuciones a la Juridicción del Trabajo para fallar sobre 'Las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores por la violación de las disposiciones de este artículo... 'que la jurisprudencia ha sentado como las indemnizaciones que se causan para los despidos ilegales o sin justa causa. En estas circunstancias se debe absolver de la petición de reintegro, confirmándose así el fallo consultado' ".

Se considera

La discrepancia entre recurrente y sentenciador en torno al correcto entendimiento del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 consiste en que para el primero la locución que trae esta disposición "no producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo", debe entenderse en el sentido que el despido así efectuado no produce efectos jurídicos, es nulo y por lo tanto dicha nulidad debe conducir necesariamente al reintegro del trabajador, o sea al mismo estado en que se hallaban las partes si dicho acto ilegal no se hubiera producido. El sentenciador entiende, en cambio, que los casos de reintegro del trabajador los establece taxativamente la ley, lo que no hizo el artículo 40 en comento, que sólo dio competencia a la jurisdicción del trabajo para hacer efectivos las indemnizaciones provenientes de dicho despido ilegal.

Ahora bien: el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, bajo el epígrafe de "Protección en caso de despido colectivo", reglamenta los casos en los cuales el patrono necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores, parcial o totalmente en forma transitoria o definitiva, por causas distintas de las previstas en los artículos 6º literal d, y 7º del mismo Decreto. O sea que cuando los despidos colectivos tienen como causa la terminación de la obra o labor contratada o la justa causa, no necesita el patrono someterse a las regulaciones del artículo 40.

¿Qué sucede cuando el patrono ha efectuado un despido colectivo, que la ley no define, sin que el Ministerio de Trabajo haya dado la autorización previa respectiva?,

El inciso 3º del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, dice: "No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo, de que trata el numeral 1º". Si el inciso 3º se entendiera en el sentido de que en este evento no hay terminación del contrato de trabajo, la solución sería contradictoria, porque la norma parte del supuesto que se produjo el despido colectivo o sea que los contratos de trabajo terminaron por decisión del patrono. La locución "no producirá ningún efecto", se refiere entonces a que el despido no se ha hecho en forma legal, por lo cual el patrono está obligado a pagar las indemnizaciones por la ruptura ilegal del contrato. O de otra manera: cuando el patrono necesita hacer despidos colectivos de trabajadores con fundamento, obviamente, en alguno de los modos previstos legalmente, y solicita previamente la autorización al Ministerio de Trabajo, dicho despido colectivo se ajusta a la ley y el contrato termina con las consecuencias previstas en la misma. Pero si no se solicita o no se concede la autorización, el despido colectivo se hace ilegalmente, con todas las consecuencias que tal proceder acarrea.

El reintegro del trabajador al cargo que venía desempeñando no surge del despido colectivo ilegal. Cuando las normas legales establecen el restablecimiento del contrato, expresa y claramente lo determinan, por lo cual fácil es llegar a la conclusión que esta consecuencia del despido ilegal es excepcional. Tal son los casos de violación del fuero sindical, artículo 7º del Decreto 204 de 1957, cuyo fundamento es la protección al derecho de asociación, y cuando se despide al trabajador con más de diez años de servicios, inciso 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que protege a juicio del Juzgador, la antigüedad de los trabajadores. No comete error grave el Tribunal, por lo tanto, el decir que los casos de reintegro del trabajador la ley los consagra taxativamente, ni puede considerarse un olvido del legislador, como lo afirma el recurrente, que no se hubiese establecido el derecho del trabajador a ser reintegrado en caso de despido colectivo ilegal, porque los derechos de una de las partes, y las subsiguientes obligaciones de la otra, se consagran e imponen en forma clara y expresa, especialmente si no están las últimas dentro del régimen general pre-establecido.

Tampoco interpretó erróneamente el fallador de segunda instancia el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 cuando considera que las indemnizaciones a que se refiere su inciso 5º, o sean aquellas "a que tengan derecho los trabajadores por la violación de las disposiciones de este artículo, en que incurran las empresas o patronos, se harán efectivos por la justicia del trabajo", son las mismas que se causan por los despidos ilegales, porque no otras están previstas por regla general en caso de ruptura ilegal del contrato de trabajo.

El artículo 9º del Decreto 2351 de 1965, que invoca el recurrente, contempla un caso diferente al despido colectivo, cual es el cierre intempestivo de la empresa, y expresamente dispone que en ese caso se pagarán los salarios, prestaciones e indemnizaciones por el lapso que dure cerrada la empresa, solución que no contempla el artículo 40 ibídem.

Por lo que acaba de exponerse el Tribunal Superior no interpretó erróneamente en su conjunto el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, y 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 agosto de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por José Suárez Molina contra Transformadores Ruiz Mora Limitada.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

APELACION ADHESIVA

La apelación adhesiva de que trata el Art. 353 del Código de Procedimiento Civil no es de recibo en el procedimiento de trabajo, pues el recurso de apelación tiene regulación propia en el Código de la materia

Aplicación indebida del artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, como consecuencia y en la misma modalidad, del Art. 8º del Decreto 2351 de 1965

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO

FACULTAD DE FALLAR EXTRA PETITA

INDEMNIZACION MORATORIA

LIMITADO INTERES JURIDICO DEL RECURRENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre dieciocho de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta Nº 38).

Edmundo Gavassa Villamizar, mayor de edad y vecino de Bucaramanga, demandó, por intermedio de apoderado, a la sociedad denominada "**Gavassa & Cía. Ltda.**", con domicilio en aquella ciudad para que, en cumplimiento de los trámites previstos para el juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se declarase que entre ellos ha existido una relación jurídica laboral iniciada el 1º de octubre de 1969 y que continúa en vigor, por cuanto la suspensión de que fue objeto el 14 de junio de 1971 no provino de organismo facultado para ello ni se hizo con fundamento en los reglamentos de la empresa, ni en la ley; que, en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo de Gerente de Ventas que desempeñaba y el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en general, comisiones, participaciones fijas causadas y las que se sigan causando desde el 1º de octubre de 1969 hasta la fecha en que se realice el reintegro, condenando a la sociedad a pagarle $ 600.222.35 por concepto de salarios, "así como los que se sigan causando hasta el día de la cancelación de los mismos, a razón de $ 16.875.98 mensuales, o de la cantidad mensual que dentro del proceso se demuestre"; $ 39.377.32, o lo que se pruebe, por vacaciones no disfrutadas; $ 75.941.91, o lo que resulte demostrado, por primas de servicios; las sumas que se establezcan por concepto de comisión a razón del 2.5% mensual sobre el producido de las mismas. En subsidio, que se la condene al pago de salarios caídos, indemnizaciones, prestaciones sociales, primas, vacaciones, sueldos dejados de devengar y comisiones y participaciones fijas, y, en fin, todo aquello a que estando obligada resultare demostrado dentro del juicio en atención a una supuesta terminación unilateral de la relación laboral, por rompimiento unilateral sin justa causa. Solicitó,

además, que se declarase sin validez el pago, mediante consignación, de la cantidad de $ 38.429.36, y las costas del proceso en caso de oposición.

En apoyo de las anteriores pretensiones, afirmó en el libelo que había comenzado a prestar sus servicios a la demandada, como Gerente de Ventas, el día 1º de octubre de 1969; que el Gerente Gavassa Morantes, en forma temeraria y calumniosa, lo denunció penalmente el día 28 de mayo de 1971 y tres días después de habérsele puesto en libertad, el 14 de junio de ese año, le comunicó la suspensión en el cargo y ordenó la liquidación de sus prestaciones sociales sin tener facultades para ello, pues el contrato no había terminado por la entidad que lo nombró, o sea la Asamblea General de Socios; que se le consignó en un Juzgado Laboral la suma de $ 38.429.36, cantidad que no correspondía a la realidad; que, posteriormente, ante un reclamo suyo de $ 5.000.00 mensuales por concepto de participaciones durante los meses de junio a diciembre, se le entregó un cheque por valor de $ 35.000.00; que, más tarde, solicitó el pago de $ 60.000.00 como participaciones fijas y no obtuvo respuesta; y que la remuneración convenida fue de $ 10.000.00 mensuales fijos, más el 2.5% mensual por comisión de ventas generales y $ 5.000.00 por cada mes como participación fija.

La empresa descorrió el traslado negando los hechos; desconoció que el contrato de trabajo se hubiese celebrado válidamente y afirmó que el actor, después de que se le puso en libertad, no se presentó a prestar sus servicios, habiendo desaparecido por completo. Se opuso a las aspiraciones de la demanda y alegó las excepciones de "falta de jurisdicción o de competencia", indebida acumulación de pretensiones, pago e inexistencia del contrato de trabajo.

Agotado el trámite propio de la instancia, el Juzgado del conocimiento —que lo fue el **Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga**— resolvió la **litis**, en sentencia proferida el diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y cinco, condenando a la demandada en forma **extra petita**, a pagar la cantidad de $ 37.815.51 por los siguientes conceptos: $ 19.793.00 como indemnización por despido injusto y $ 18.002.51 por salarios ilegalmente descontados; la condenó, igualmente, a pagar el 15% de las costas y declaró probada la excepción de pago respecto de cesantía, vacaciones, primas de servicios y salarios, absolviéndola "de las pretensiones de la demanda".

De esa decisión apeló el apoderado del actor. El de la demandada, en cambio, la consintió expresamente, en escrito visible a folio 272, en el cual expuso: "...manifiesto mi conformidad con el fallo que considero justo y jurídico. Con un acertado juicio crítico se hizo la apreciación y valoración de la prueba aportada. Los preceptos legales sustantivos en este fallo fueron rectamente aplicados y los pedimentos de la demanda adecuada y jurídicamente analizados. Las conclusiones a que ha llegado el Juzgado son el resultado de un razonamiento lógico y ajustado a derecho". Allí mismo, solicitó al Juez que oficiara al Banco Popular para proceder a consignar a favor del demandante la suma a que la empresa fue condenada.

El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramnga** desató la alzada, mediante fallo dictado el catorce de mayo de mil novecientos setenta y seis, confirmado el del **a quo**, con las modificaciones de aumentar las condenas por despido injusto a $ 21.942.51 y por costas a un 40% y de condenar, además, a la empresa a pagar $ 395.86 diarios, durante el tiempo comprendido entre el 14 de junio de 1971 y el 24 de octubre de 1975, fecha en la que se dio cumplimiento a la sentencia del Juzgado.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación el procurador judicial de la parte demandada, el cual le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Como, además, se le ha tramitado en legal forma, se procede a decidirlo con examen de la demanda que lo sustenta y del correspondiente escrito de réplica.

El recurso extraordinario

Persigue la casación parcial del fallo gravado, en cuanto confirmó la condena **extra petita** del **a quo** por descuento ilícito de $ 18.022.51 y aumentó la de indemnización por despido injusto a $21.942.51, y en cuanto adicionó la aludida sentencia de primer

grado condenando a Gavassa & Cía. Ltda., a pagar al demandante indemnización por mora, y aumentó las costas, para que la Corte, en función de instancia, revoque el fallo del Juzgado en su pronunciamiento condenatorio extra petita por salarios ilícitamente descontados y la confirme en todo lo demás. En subsidio, que se la case en cuanto a la condena por mora y en sede de instancia se confirme la del a quo.

Con los expresados propósitos, el recurrente formula siete cargos fundamentados en la causal primera de casación laboral.

Se observa

Se dijo antes que la sentencia de primer grado había sido recurrida en apelación únicamente por la parte demandante. Es cierto que el apoderado de la demandada manifestó en la segunda instancia (2º cuaderno, folio 18) que hacía uso de la apelación adhesiva de que trata el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, pero tal figura, como ha tenido oportunidad de explicarlo repetidas veces esta Sala de la Corte, no es de recibo en el procedimiento del trabajo, pues el recurso de apelación tiene regulación propia en el Código de la materia y no existe en ella vacío alguno que deba llenarse mediante la aplicación analógica de disposiciones foráneas. De otro lado, también se dejó advertido, que la parte demandada, en memorial dirigido al Juez del conocimiento, manifestó su total conformidad con la sentencia proferida por él, calificándola como justa, acertada y jurídica. La consintió, pues, plenamente.

Todo lo anterior conduce a la necesaria conclusión de que la dicha parte carece de interés jurídico para impugnar aquellos pronunciamientos y que si el recurso de casación se le concedió y admitió fue en razón de la nueva condena impuesta por el Tribunal —por indemnización moratoria— y del aumento que hizo de la concerniente al despido injusto. La Corte, de consiguiente, concretará su estudio a aquellos cargos, o la parte de ellos, que persigan el quebrantamiento del fallo recurrido en los indicados extremos, con exclusión de los demás, vale decir, de los que se relacionan con las condenas por descuentos de salarios e indemnización por despido, pero en lo tocante con esta última sólo hasta concurrencia del valor deducido por el Juez, o sea la suma de $ 19.793.00.

En el entendimiento expuesto, se procede al examen de las acusaciones, mas sin sujeción al orden en que han sido presentadas por el impugnador.

Cuarto cargo

La sentencia viola directamente, por aplicación indebida, el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo y, como consecuencia y por el mismo concepto, el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, letra B), numeral 4º).

El censor desarrolla la demostración del cargo, así:

..."El a quo, en ejercicio de la facultad extra petita del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, condenó a Gavassa & Cía. Ltda., a pagarle a Edmundo Villamizar $ 19.793.00 por concepto de indemnización por despido injusto (fl. 268 y ordenamiento tercero de la parte resolutiva, al folio 269). El Tribunal aumentó esta condena a $ 21.942.51 modificando en este punto la del Juzgado, con aplicación del artículo 8º del Decreto arriba citado. (fls. 46 y 47 del cuaderno 2º). Pero esto no podía hacerlo el ad quem, porque la facultad para fallar extra petita es exclusiva del Juez de primer grado. En consecuencia, el ad quem puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone; pero aumentarla es superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem. Como en la sentencia recurrida también ocurrió esto, se aplicó indebidamente el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, y por tal medio se llegó a la condena aumentada, que debe casarse para, en su lugar, confirmarse la de primera instancia, sobre despido injusto, en la cuantía en que ella se produjo extra petita".

El opositor replica el cargo anotándole los defectos "de acusar por la vía directa una norma procedimental" y de no contener una proposición jurídica completa.

Agrega, además, en lo atañadero a la cuestión de fondo— que el Tribunal "no amplió la condena extra petita del Juzgado de primera instancia, condena que se refería únicamente a un rubro llamado por el a quo como deducción o compensación ilegal; el ad quem echó de menos en el fallo de primer grado una condena pedida de manera expresa en la demanda, o sea el pago de la indemnización por despido injusto condena que la petición subsidiaria del libelo de demanda contempla expresamente (folio 55)".

Para resolver, se considera:

De acuerdo con las exigencias del recurso cada cargo es independiente de los demás y tiene individualidad propia; por tanto, debe formulárseles separadamente, evitando agrupar en uno sólo, o en varios de ellos, cuestiones diversas o conceptos de violación de ley que resulten antagónicos o contradictorios. Precisamente, en cumplimiento de tales exigencias y ante la necesidad de atacar el fallo en sus diferentes aspectos y pronunciamientos y por distintos caminos, el recurrente ha presentado la acusación dividida en siete cargos. Ello explica, además, por qué resulta infundada la crítica a la proposición jurídica que el opositor hace en este ataque y en todos los restantes, pues, limitándose cada uno de ellos a combatir determinado aspecto de la sentencia, no tiene por qué comprender sino las normas jurídicas de que el ad quem se sirvió para adoptar la respectiva decisión y aquellas otras que regulan el caso y no fueron aplicadas. Los cargos que integran la demanda satisfacen, cabalmente, el requisito que el opositor echa de menos.

También es equivocado el reparo que se formula al cargo por acusar violación, por la vía directa, de una norma procedimental, así como el criterio del opositor de que la infracción de un precepto de esta naturaleza sólo puede producirse en forma indirecta, como consecuencia de la transgresión de una disposición de carácter sustancial. Al hacer esta afirmación en la réplica al cargo que se examina, el opositor se remite a lo dicho por él al contestar el segundo, en donde se lee: "Lo anterior resulta evidente si se considera que la violación directa nunca puede darse en relación a una norma de procedimiento —como lo dice (sic) el artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo—sino que necesariamente se da como violación de una o varias normas sustantivas (como serían los artículos 149, 59, 1º y 65 del Código Sustantivo del Trabajo). La violación de normas de procedimiento, puede, dentro de la técnica del recurso de casación, fundamentar una violación indirecta de la ley sustancial, pero nunca una violación directa de ésta, por cuanto una simple infracción o desconocimiento de normas de procedimiento no es causal de casación, a menos que dicha violación se refleje en el desconocimiento de alguna norma sustantiva. En consecuencia, siempre que una norma de procedimiento sea el medio de violación de una norma sustantiva, esta última sólo es indirectamente violada (subrayo)".

Las ideas anteriores, además de contradictorias, —como ya se dijo— son equivocadas. La violación directa puede recaer sobre un precepto que no tenga el carácter de sustancial y basta para ello que, con independencia de toda cuestión fáctica, se la interprete erróneamente; o se la aplique a un caso no regulado por ella, o no haciéndole producir todas sus consecuencias o a un hecho no establecido en el proceso; o que deje de aplicársele, por rebeldía o ignorancia, a un hecho que se tiene como probado y que cae bajo su dominio. Pero también puede ser infringido indirectamente, como toda violación de esta clase, a través de errores de hecho o de derecho. Cosa distinta es que las normas procesales o adjetivas no constituyan el objeto propio de la casación; mas cuando resulten violadas y su infracción sea la causa o el conducto que lleve al fallador a transgredir disposiciones sustanciales, debe acusárselas, como violación de medio, para integrar correctamente la proposición jurídica. En este sentido, aquellas —las sustanciales— resultan indirectamente infringidas, porque el impacto no lo reciben en forma directa sino a consecuencia de la violación previa de otras. De ahí que la infracción de éstas sea considerada como de medio. Sin embargo, la jurisprudencia ha reservado la calificación de violación indirecta para aquella que se produce a través de errores de hecho o de derecho

provenientes de la equivocada apreciación o de la falta de estimación de pruebas. Por manera que es correcta la formulación del cargo que se examina, al acusar aplicación indebida del artículo 50 del Código Procesal Laboral, y como consecuencia y en la misma modalidad, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, afirmando ambas violaciones por la vía directa, aún cuando la infracción de la primera norma haya determinado la de la segunda, pues tales violaciones no se predican como derivadas de aquellas clases de errores ni se vinculan a análisis de prueba alguna.

En lo relativo al problema de fondo también se confunde y desatina el opositor, pues entiende que el ataque se dirige contra la condena por descuento de salarios —lo que no es cierto— y sostiene que ésta no fue modificada o ampliada por el Tribunal. Y, a renglón seguido, se refiere a la producida por concepto de despido injusto —que es la que es objeto del cargo— para afirmar que no hubo condena extra petita por cuanto la respectiva petición está contenida en la demanda inicial.

Hechas las precedentes aclaraciones, se procede a resolver la acusación:

Es incuestionable que los falladores de instancia estimaron que en la demanda no se incluyó súplica de condena por concepto de indemnización por despido injusto y que el pronunciamiento que hicieron a este respecto obedeció al ejercicio de la facultad de fallar por fuera de lo pedido. Sobre el particular, el Juzgado dijo:

"Solamente resta, con las facultades extra petita, reconocer al demandante la indemnización que consagra el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Para cuantificar esta indemnización debemos atenernos a la confesión de la empresa, ya que el demandante no probó que otro fuera su salario".

El Tribunal, a su turno, se expresó así:

"De acuerdo con las facultades extra petita, que posee el Juez de instancia, y en virtud de las previsiones a que se contrae el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, condenó a la parte demandada al pago de la suma de $ 19.793.00, y a la devolución de $ 18.022.51 que en forma ilegal le había descontado al trabajador por concepto de préstamo'.

"De acuerdo con la normativa contemplada en el numeral b) del ordinal 4º del artículo 8º del Decreto mencionado, le corresponde como indemnización al trabajador GAVASSA VILLAMIZAR por despido 'injusto' lo correspondiente al valor de $ 21.942.51, y en este sentido habrá de modificarse el punto 3º de la parte resolutiva del fallo que es motivo de revisión".

Si hubo equivocación de los juzgadores en el entendimiento que hicieron de la demanda, no es precisamente el opositor el llamado a formular el correspondiente ataque, sino el recurrente en casación. Y éste, como se desprende del cargo, considera que la dicha deducción fue acertada y no la discute.

Ahora bien: la facultad de fallar extra petita sólo es concedida por el artículo 50 del Código Procesal Laboral al sentenciador de primer grado. Si su decisión es apelada, el Tribunal puede confirmarla, revocarla o modificarla para disminuirla, sin que por ello quepa afirmar que está fallando también extra petita, pues el pronunciamiento del Juzgado en esa forma, y el recurso, lo habilitan para revisar la condena, pero con la limitación que el propio Juzgado le puso en su cuantía. Esta no puede ser rebasada por el Superior. Si así procede, se abroga autorizaciones que no tiene y entonces sí incurre en fallo extra petita, haciendo, desde luego, una indebida aplicación del mencionado artículo 50 y violándolo en consecuencia. Así aconteció en el asunto que se examina, pues el ad quem aumentó a $ 21.942.51 la condena que el Juzgado, en ejercicio de una facultad exclusivamente reservada para él, había impuesto en cuantía inferior. Esa infracción lo condujo necesariamente a violar el numeral 4º de la letra B) del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 al resultar aplicado en forma indebida también.

El cargo, por lo tanto, es fundado.

Pero con su prosperidad no podrá obtener el recurrente su pretensión última de que se confirme lo resuelto por el a quo, o sea que se mantenga la condena de $ 19.793.00 por despido injusto, pues al asumir la Corte las funciones de ad quem para proferir la correspondiente decisión que reemplace la casada, llega a la conclusión de que en las peticiones subsidiarias de la demanda aparece impetrada condena por

el mencionado concepto de despido injusto. Y así resulta que el fallo del juzgado no tuvo realmente la calidad de extra petita, a pesar de su declaración expresa en este sentido, y que la Corte, como Tribunal de apelación, en cuyo carácter está actuando ahora, puede rectificar ese error —como lo hace— y, ya sin las limitaciones de que se habló al resolver el cargo, introducir al fallo apelado, en la parte pertinente, las modificaciones que correspondan.

Teniendo en cuenta que el tiempo de servicios de Gavassa fue de 1 año 7 meses y 14 días y que el salario que aparece demostrado en los autos es el de $ 11.875.98, el monto de la indemnización, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numeral 4º, literal b), asciende a la suma de $ 21.525.21. En consecuencia, se modificará el fallo del Juzgado y se concretará la condena a la expresada cantidad.

La Sala, para despejar cualquier duda, aclara que no existe contradicción entre lo dicho al estudiar el ataque y lo expresado en las consideraciones de instancia. Allá se llegó a la conclusión de que el Tribunal había fallado extra petita, porque sobre la base de que el Juzgado produjo una condena de esta naturaleza y aceptándola como tal, la modificó, excediéndola. Y acá lo que se niega es el carácter de extra petita a la decisión del a quo —sin consideración ya a la del Tribunal— pues es aquella sentencia la que se revisa en virtud del recurso de apelación. El Tribunal habría podido, en su oportunidad, apreciarlo así y enmendar el error, en vez de compartirlo, y no habría incurrido en fallo extra petita al aumentar la condena.

Tercer cargo

Se enuncia y se sustenta así:

"Por la vía directa acuso aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a un caso no gobernado por él, haciéndole produdir consecuencias no queridas por el legislador".

Demostración

A folio 46 del segundo cuaderno se lee que el Tribunal fundamentó su condena indemnizatoria por falta de pago, en la extra petita del descuento sobre que han versado los dos cargos anteriores y en la también extra petita de la indemnización por despido injusto. Al darle este soporte a los 'salarios caídos', aplicó el artículo 65 de Código Sustantivo del Trabajo a un caso a que no debía, porque su mandato claro es para salarios y prestaciones y no para la dicha indemnización. Destruyó así este otro fundamento de la condena por mora para que, en sede de instancia, se absuelva a la sociedad demandada, como lo hizo el a quo por este concepto".

El opositor niega que los aludidos pronunciamientos del Tribunal tengan el carácter de extra petita y arguye que "La idea seminal de la sentencia, para condenar a indemnización por mora, es que se dejaron de pagar salarios y prestaciones en cuantía de $ 18.022.51. Luego, en la hipótesis de que prosperara este cargo, en nada afectaría el fundamento real de la condena a salarios caídos, en vista de la improsperidad de los dos cargos anteriores".

Se considera

En punto a la indemnización moratoria, la sentencia impugnada expresa:

"En cuanto hace relación a la 'indemnización moratoria por falta de pago' que contempla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es preciso anotar, que si bien es cierto que la compañía admitió un cheque a favor de la parte actora por la suma de $ 38.429.36, no es menos cierto que se descontó en forma indebida e ilegal la suma de $18.022.51 desde la fecha del rompimiento unilateral sin 'justa causa', del contrato de trabajo hasta el 24 de octubre de 1975 es decir un lapso de 4 años y 10 días (folio 273), además tampoco le liquidó lo concerniente a la indemnización de perjuicios por el rompimiento unilateral del contrato, que como se dejó anotado asciende a la suma de $ 21.942.51.

"Por manera que GAVASSA VILLAMIZAR desempeñaba por entonces el cargo de Gerente de Ventas que tenía una asignación igual a la que tenía el Gerente General y una categoría similar. Por tales motivos la 'mala fe de la compañía demandada es ostensible por cuya razón habrá de condenarse a la indemnización por falta de pago a partir de la fecha del

despido (14 de junio de 1971) hasta cuando se le canceló el resto de prestaciones a que se hizo alusión en el fallo de instancia (24 de octubre de 1975), a razón de $ 395.86 diarios".

La cuestión planteada en el cargo nada tiene que ver con el carácter extra petita de las condenaciones a que alude. La acusación se edifica sobre la base de que la condena por indemnización moratoria tiene, entre otros soportes, el de que la empresa no pagó a la terminación del contrato, sino el 24 de octubre de 1975, la correspondiente indemnización por ruptura unilateral e injusta del contrato. Y, en verdad, tal como fluye del pasaje transcrito, es ese uno de los pilares sobre que descansa la dicha condena.

Pero la simple lectura del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, deja ver claramente, como sin vacilaciones lo ha sostenido la jurisprudencia laboral desde los tiempos del Tribunal Supremo, que, salvo la situación contemplada en su numeral 3º, la sanción de que él trata sólo es imponible cuando el patrono ha incurrido en mora de pagar al trabajador las cantidades a que se ha hecho acreedor por concepto de salarios y prestaciones sociales. Es improcedente, por lo tanto, imponerla cuando la mora se refiere al pago de una indemnización. Resulta, así, mal aplicado el artículo 65 y ostensible su violación.

El ataque logra destruír el soporte cuestionado y prospera.

Primer cargo

La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 149, 59-1º y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 1714 y 1716 del Código Civil, a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el fallador por falta de apreciación de unas pruebas y por mala apreciación de otras. Las dejadas de apreciar fueron: la Confesión del actor en interrogatorio de parte a folios 243 y 244 v., respuesta 7ª; la diligencia de inspección judicial de folio 251; el documento que contiene la cuenta corriente del demandante con la empresa y la manifestación del Gerente de la demandada (folio 231) sobre existencia de esa misma cuenta corriente. Como erróneamente apreciadas se señalan el documento de folio 64; la demanda inicial; la confesión contenida en este mismo libelo y en posiciones y la consignación posterior al fallo del Juzgado.

Los errores de hecho consistieron:

"1. En dar por establecido, cuando las probanzas singularizadas ostentan lo contrario, que la sociedad demandada debía al demandante Gavassa Villamizar, al terminar el contrato $ 18.022.51, por habérselos descontado ilegalmente en la liquidación de sus salarios, prestaciones y derechos laborales;

"2. Dar por establecido, cuando se probó de modo manifiesto lo contrario, que 'en el proceso no milita la orden suscrita por el trabajador' para que le descontaran los dichos $ 18.022.51;

"3. Dar por establecido, cuando no lo está y se evidencia todo lo contrario, que la sociedad demandada tuvo mala fe cuando descontó al liquidar y consignar los derechos laborales del demandante Gavassa, a la terminación del contrato, los $18.022.51 que el extrabajador le debía según la cuenta corriente que se le llevaba en la empresa y que tenía tan autorizada que ni siquiera reclamaba este valor en el proceso, y cuando canceló, por consignación, el monto de la condena extra petita del Juzgado, el 24 de octubre de 1975.

"4. En no dar por probado, cuando sí lo está, que la sociedad demandada tuvo razones atendibles para efectuar aquel descuento y para limitar aquella primera consignación a la suma que consignó, así como también las tuvo al efectuar la del 24 de octubre de 1975, ante el fallo extra petita del a quo".

El cargo aparece sustentado así:

"El Tribunal confirmó la condena extra petita del aquo, sobre los $18.022.51 descontados por la empresa, para que se le devolviesen al ex-trabajador, por juzgarla ilegal. No expresó, para ello, razones distintas de las del Juzgado, por lo que debe entenderse, con éste, que tal ilicitud obedeció a la apreciación de que en el proceso 'no militaba la orden suscrita por el trabajador' para que Gavassa & Cía. Ltda., descontara la dicha suma, como lo hizo conforme al documento de los folios 2 y 64, para efectuar la consignación que hizo el

14 de junio de 1971, de que tratan la demanda inicial y la confesión de Gavassa Villamizar, consignación apreciada por los falladores.

"Pero tal orden sí existe, y la acreditan en el proceso las pruebas que he singularizado como dejadas de apreciar. Ella está contenida en la 'cuenta corriente' que se llevó en la empresa para abonarle los sueldos a Gavassa Villamizar y registrar los préstamos que se le hacían, así como los demás rubros que establece el documento de folios 247 a 250 incorporado al proceso en diligencia de inspección judicial, cuenta corriente por la cual, según confesión del demandante, se efectuaban los pagos, de parte y parte, de cuanto se causaba por la una en favor de la otra, y por la que él hacía los retiros que quisiera sin que importara que se sobrepasara, reconociendo, en fin, que al cierre de la dicha cuenta él era deudor del patrono, aunque no señalara la cifra, pero que el libro correspondiente muestra en la cantidad exacta descontada. Esa cuenta corriente y la forma como se la llevaba constituye una autorización tan clara para el descuento y compensación que efectuó el patrono, que el demandante nada pretendió en el juicio respecto de esos $18.022.51: ni para pedirlos, ni para decir siquiera que se los debiesen o que no debieron descontársele al liquidarle sus derechos, los cuales él reclamó por otros varios motivos (que no pudo demostrar en el proceso y por eso no le fueron despachados) pero que no tienen nada que ver con el descuento mencionado. Tanto, que la condena por este concepto, así la del Juzgado como su confirmación por el **ad quem**, se produjo **fuera de lo pedido**, en facultades del **a quo**, (mal ejercitadas, por distintos conceptos), pero que, en lo aquí demostrado, obedecieron al desconocimiento de la autorización que exhibe la cuenta corriente y que produjeron el yerro que confirmó el Tribunal.

"Al reconocerse lo anterior por esa H. Sala, como evidente que es, con su consecuencia de que estando autorizado el descuento por el ex-trabajador no se deben los $18.022.51 que se ordenó pagarle a Gavassa Villamizar como ilícitamente descontados, en sede de instancia ha de revocarse, como respetuosamente lo solicitó, dicha condena **extra petita** del **a quo** (contenida en su ordenamiento tercero) y absolverse, en su lugar, a la sociedad demandada de tan indebido concepto. Y como éste determinó la condena por mora en el pago (que tiene como soporte también la indemnización por despido ilegal, soporte asi mismo violador de ley según lo demostraré en cargo que presentaré separadamente) tal sanción indemnizatoria debe casarse, para la absolución correspondiente.

"Pero podría decirse que, aunque indebida la condena de los $ 18.022.51 por lo demostrado en este cargo, al efectuar la sociedad la consignación del 24 de octubre de 1975, admitió deber dicha suma. Mas ello no es así, y por eso he señalado como mal apreciada tal consignación. Pues ello lo que demuestra es cumplimiento de lo ordenado por el **a quo**, así dicho ordenamiento sea violador de la ley, por lo cual, de una parte, el acto de la consignación última de la demandada obedeció a error que priva de validez al reconocimiento de deber que quiera atribuírsele y, por otra, constituye pago de lo no debido. Sobre estos particulares resultan violados —y aquí los incluyo en la proposición jurídica del cargo, en relación con los textos legales que he señalado primeramente— los artículos 201 del Código de Procedimiento Civil, y 2313 Código Civil. Y en todo caso, de la consignación de 1975 y de la que se hizo al terminar el contrato de autos lo que se ostenta son el pago de lo que se creía deber, en ésta, y de cumplir, en la otra, lo que ordenaron los jueces aunque tal decisión fuera **extra petita** y no debida. Y ellas son razones atendibles que ostentan la buena fe patronal, contra lo apreciado por el **ad quem**, y que exhiben asimismo que la aplicación que hizo éste del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en adición del fallo del Juzgado, fue violadora de dicho precepto.

"Por todo lo cual debe quebrantarse la condena por mora —casada por lo que demostré primeramente sobre los $18.022.61— y confirmarse la absolución del **a quo** por todos los conceptos de la **litis**, (ordenamiento segundo) y el de costas, ordenamiento cuarto, entendiéndose que la sociedad queda absuelta asimismo de pagar indemnización por falta de pago de lo que se ordenó **extra petita**".

El opositor considera incompleta la proposición jurídica, niega la comisión de errores de hecho, afirma la ilicitud del descuento de salarios y se opone a la prosperidad de la acusación.

Se considera

Conforme a lo explicado en otro lugar, este cargo sólo podrá ser examinado en cuanto se encamina a destruir el otro soporte de la condena por indemnización moratoria, pues en lo relativo a la condenación por salarios indebidamente descontados carece la parte demandada de interés jurídico. El examen de las pruebas se hará con miras a establecer si el ad quem incurrió o no en el tercero y cuarto errores de hecho que se le imputan.

Tanto el Juzgado como el Tribunal, con apreciación de la demanda inicial, llegaron a la conclusión de que en ésta no se había formulado petición de condena por retención o descuento ilegal de salarios, y, en tal virtud, el primero, en uso de las facultades que le confiere el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo, condenó, en forma extra petita, a pagar la suma de $ 18.022.51 por el referido concepto; y el Tribunal, admitiendo el carácter extra petita de esa condena, por considerarla acertada, la confirmó.

El ad quem, además, en vista de que la dicha suma sólo fue consignada por la empresa después de proferido el fallo de primera instancia, juzgó injustificada la mora, calificándola de mala fé, y adicionó el proveído del a quo con decreto de condena por indemnización moratoria. Pero no reparó en que la empresa alegó en el curso del juicio que había deducido la suma de $ 18.022.51 a que fue condenada en forma extra petita, con base en autorización previa del trabajador para descontarla, autorización que entendió dada a través de la existencia de una cuenta corriente entre élla y aquél y de la forma como ésta era manejada con el asentimiento de ambos. La existencia de la referida cuenta corriente fue plenamente aceptada por el demandante en el interrogatorio de parte que absolvió y comprobada, además, en la diligencia de inspección judicial, dentro de la cual se incorporó al juicio el documento que la contiene. En el dicho interrogatorio aceptó también el actor que la aludida cuenta operaba mediante el sistema de abonos y retiros, sin que importara que al efectuar éstos se sobrepasara; y admitió también que al terminar el contrato existía un saldo en su contra, sin recordar "la suma exacta pero tiene que estar registrada en el libro donde se llevaban las anotaciones de retiro de dinero y los abonos de los sueldos y comisiones. Ese libro reposa en la compañía, es el libro de Cuentas Corrientes. Yo tenía acceso a todo y lo tuve en mis manos muchas veces". Estas pruebas no fueron apreciadas por el fallador para efectos de calificar el comportamiento de la demandada ante la mora, y ellas revelan, cuando menos, que la empresa adujo razones válidas, serias y atendibles para estimar que tenía autorización suficiente para descontar el valor que la mencionada cuenta corriente arrojaba en contra del trabajador y no considerarse deudora de la suma deducida.

De otro lado, la empresa, como lo acepta la demanda inicial, consignó, a raíz de la terminación del contrato, la suma que creyó deber, y el valor de la condena extra petita, tan pronto como conoció el fallo del Juzgado que la declaró deudora de la suma que con aquel fundamento había descontado. Estas probanzas fueron estimadas por el ad quem para efectos de señalar los límites de la indemnización por mora, pero no para juzgar la conducta de la empresa, y como ellas la exhiben de buena fe, resultaron equivocadamente valoradas.

Esos yerros en la estimación probatoria condujeron al sentenciador a apreciar mala fe en la empresa cuando las pruebas analizadas no la establecen; y lo llevaron a incurrir en los errores de hecho a que se contrae el estudio del cargo y en la consiguiente infracción, por aplicación indebida, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La acusación prospera, y por haber prosperado el tercer cargo también, la sentencia deberá ser casada en el respectivo pronunciamiento, para, en su lugar, confirmar la absolución del Juzgado, sin que para ello sea preciso hacer consideraciones adicionales a las expuestas en el estudio de los respectivos ataques.

En razón del limitado interés jurídico del recurrente y de la prosperidad de los cargos examinados, no se estudian los demás.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia materia del recurso, en cuanto, con modificación del fallo del Juzgado, condenó a la empresa a pagar la suma de $ 21.942.51 por concepto de indemnización por despido injusto y el 40% de las costas, y en cuanto la condenó a pagar $ 395.86 diarios, durante el tiempo comprendido entre el 14 de junio de 1971 y 24 de octubre de 1975, a título de indemnización moratoria; y, en función de instancia, MODIFICA el proveído del Juzgado en el sentido de aumentar a ventiún mil quinientos veinticinco pesos con 21/100 ($ 21.525.21) la condena por indemnización por ruptura unilateral e injusta del contrato y la CONFIRMA en lo relativo a la absolución por el extremo de indemnización moratoria y a la condena del 15% de las costas. No la casa en lo demás.

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

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, (Con salvamento de voto); *Hernando Rojas Otálora.*

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(Radicación Nº 5609)

Me aparto de la decisión y de varios aspectos de la motivación del fallo proferido para resolver el recurso de casación interpuesto por Gavassa & Cía. Limitada contra la sentencia de 14 de mayo de 1976, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio seguido por Edmundo Gavassa Villamizar contra la recurrente.

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal creyeron fallar **extra petita** cuando condenaron al pago de indemnización por despido, pero ambos se equivocaron al creer que esa indemnización no había sido solicitada, ya que como se reconoce en las consideraciones de instancia de la sentencia de casación, si fue impetrada la indemnización por despido injusto, como lo dice la demanda inicial en la petición subsidiaria.

De lo anterior resulta que el Juez y el Tribunal apreciaron mal la petición subsidiaria del libelo, por lo cual creyeron que sus fallos estaban fuera de lo pedido en tal aspecto, pero en realidad las decisiones judiciales de ambas instancias se ajustaron a lo demandado en cuanto condenaron a reparación del lucro cesante, o sea, que el juez no usó las facultades de que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, y el Tribunal no incurrió en el exceso de poder que significa fallar **extra petita**, cuando no se tiene la facultad para hacerlo.

No entiendo como se puede decir que hubo fallo **extra petita**, cuando se trata de la prosperidad del cargo, y decir que no hubo fallo **extra petita**, cuando se examina el problema en insancia.

Tampoco estoy de acuerdo en que el fallo del Juez Laboral cuando usa de la facultad **extra petita**, solamente puede ser revisado hasta la cuantía de la condenación, sin que el Tribunal pueda aumentarla por virtud de la apelación del trabajador.

Una vez usada por el fallador de primera instancia, la facultad de fallar **extra petita**, la materia resuelta y no pedida se integra a la **litis**, por razón de esa facultad y de que los hechos en que se apoya la condenación, hayan sido probados y discutidos. Por lo tanto, el pronunciamiento del Tribunal sobre esa materia no es ya un fallo fuera de lo pedido, porque la materia dejó de ser no pedida, por la integración que a la **litis** hizo el juez de primer grado.

La tesis de la sentencia es equivocada en cuanto considera que aumentar la condenación en tal caso es fallar **extra petita**, pues lo que resuelva el Tribunal fuera de lo pedido aumentando, confirmando o rebajando la condena, no puede tener otra justificación que considerar la materia como parte de la **litis**, por la condena o absolución del Juez de primer grado. Si se estimara de otra manera, el razonamiento del fallo de casación conduciría a que el Tribunal al confirmar o rebajar la condena, estaría fallando fuera de lo pedido en la demanda, o sea, que el Tribunal no podría pronunciarse sobre las materias no pedidas, aunque el juez lo hubiera hecho, lo cual es absurdo.

Entender que el Tribunal no puede por apelación del trabajador aumentar la condena **extra petita**, es desconocer el objeto de la apelación, y someter al trabajador a una situación de inferioridad que produce funestas consecuencias. Basta imaginar que el Juez de primera instancia produzca sobre hechos probados y discutidos, una condena de valor notoriamente inferior, al real, según las pruebas y las normas legales, sin que valga para el trabajador el recurso de apelación, y la condena reducida se vuelve cosa juzgada, y el trabajador contra su voluntad expresada en la apelación, y contra la realidad procesal que demues-

tra un monto debido muy superior al de la exigua condena, ha de perder sus derechos porque el juez usó una facultad en favor del trabajador, pero se interpretó erróneamente la disposición procesal.

Tampoco acepto que se pueda eximir al patrono de la indemnización por falta de pago, con base en que cuatro años, cuatro meses y diez días después del despido, se consigne el valor de lo que se dejó de pagar. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo exige que se paguen a la terminación del contrato de trabajo todos los salarios y prestaciones debidos, por lo cual la jurisprudencia no puede entender que el pago tardío sea una razón de buena fe para eximir de la mora.

Estas son las razones por las cuales me aparto con todo respeto, de lo resuelto por la Sala de Casación Laboral en el fallo indicado.

Fecha **ut supra.**

Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FALTA DE PRUEBA DE LOS EXTREMOS DEL CONTRATO

Los extremos del contrato que son necesarios para la liquidación de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son la duración del servicio y el monto del salario

La falta de prueba de la remuneración impide el cálculo del valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diecinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 6105).

(Acta Nº 36).

Enrique Parra Romero, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 17'015.153 expedida en la misma ciudad, demandó por medio de apoderado, a la **Sociedad de Ingeniería y Construcciones Limitada-Sico Limitada**, para que se declare que el contrato de trabajo celebrado entre las partes, se encuentra vigente, y para que la entidad demandada sea condenada a pagarle la cantidad de $ 51.245.11 por salarios, prestaciones e indemnizaciones; los salarios caídos desde el 15 de octubre de 1973; los perjuicios materiales y morales por el despido injustificado; y las costas del juicio.

En la demanda se expresaron los siguientes hechos:

"PRIMERO. Entre mi poderdante, doctor Parra Romero y la Sociedad demandada se celebró un contrato laboral por el cual el doctor Parra se obligó a prestar sus servicios profesionales, como Ingeniero Residente, en los Aeropuertos de Cúcuta y Pitalito, cuya construcción y reparación había contratado 'SICO' con la Aeronáutica Civil.

"SEGUNDO. Las conversaciones entre las partes se iniciaron en los primeros días de febrero de 1973, las que culminaron el 16 del mismo mes, en que los contratantes acordaron lo siguiente verbalmente: Duración indefinida: Remuneración: Trece mil pesos ($ 13.000.00) moneda corriente, como sueldo o remuneración mensual. Esta convención se celebró con el Director Administrativo de la Compañía, señor Rafael Forero F.

"TERCERO. Este contrato se perfeccionó en la fecha indicada, en las oficinas de 'SICO' y el Ingeniero quedó bajo la dependencia o subordinación de la Sociedad, llenándose así todos y cada uno de los requisitos, o presupuestos que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo consagra para el perfeccionamiento del contrato o convención laboral.

"CUARTO. En cumplimiento del contrato el Ingeniero Parra viajó a Cúcuta en asocio del Director Administrativo señor Forero, con quien regresó a Bogotá, después de practicar visita a las pistas en reparación junto con el Interventor Técnico Delegado doctor Enrique Gónima, los días 26 y 27 del mismo mes de febrero.

"QUINTO. Cumpliendo órdenes del patrón, el doctor Parra se trasladó a Pitalito, donde prestó sus servicios de Ingeniero residente hasta fines del mes de septiembre.

"SEXTO. En el mes de agosto se convino entre las partes, que el doctor Parra debía venir a Bogotá a fin de arreglar el pago de los sueldos que la Sociedad le adeudaba junto con las primas de servicios.

"SEPTIMO. En ejecución de lo convenido, el Ingeniero Parra llegó a Bogotá el 30 de septiembre con el fin de que la Compañía le pagara el crédito a su favor y seguir luego a Cúcuta según lo acordado, e inmediatamente trató de entrevistarse con sus patrones, lo que no logró sino hasta el día 14 de octubre a las tres de la tarde en las oficinas de la Compañía.

"OCTAVO. En esta reunión el Ingeniero presentó su liquidación, la que fue modificada por el Director Administrativo, alegando que no era posible, por razones contables, cargar a Cúcuta gastos correspondientes a Pitalito, e hizo elaborar una liquidación parcial por siete (7) meses de trabajo incluyendo sueldos, cesantía y demás prestaciones, liquidación que arrojó la suma de ochenta y nueve mil doscientos noventa y seis pesos con trece centavos ($ 89.296.13) moneda corriente, suma que fue pagada con los cheques posdatados número 099440 por la suma de $ 61.137.49 exigible el 20 de noviembre de 1973 y el número 059438 por la suma de $ 28.158.13 exigible el 1º de noviembre del mismo año, ambos girados contra el Banco de Santander, Sucursal Bavaria.

"NOVENO. En la misma reunión el señor Forero hizo firmar al ingeniero, un recibo por los $ 61.137.00 (sic) valor del cheque posdatado pagadero el 20 de noviembre en el cual Forero de su propia cosecha, estampó lo siguiente: 'Por tanto SICO LIMITADA y Rafael Forero quedan a paz y salvo con el doctor Enrique Parra por todo concepto hasta la fecha'. Septiembre 30 de 1973.

"DECIMO. El Ingeniero Parra firmó este comprobante de egresos, en el convencimiento de que el pago de la liquidación parcial, no podía ni puede poner fin al contrato laboral que lo liga con 'SICO' por las siguientes razones: 1ª) Porque la Sociedad no obtuvo la autorización del Ministerio del Trabajo para hacer la liquidación parcial de la cesantía. 2ª) Porque al patrón le está prohibido por la ley compensar las vacaciones por dineros. 3ª) Porque la liquidación fabricada por Forero no abarca el tiempo completo de servicio ni está de acuerdo con la ley.

"UNDECIMO. Con fecha 23 de octubre de 1973 el ingeniero Parra dirigió a SICO y a Rafael Forero la carta, cuya copia se acompaña, exigiéndoles que, como hasta la fecha no había recibido el preaviso para la terminación del contrato, SICO y Rafael Forero le digan al ingeniero, por escrito como ordena la ley, que dan por terminado el contrato de trabajo que lo liga con SICO, respuesta que nunca llegó a manos del ingeniero.

"DUODECIMO. En la presunta terminación unilateral del contrato no concurrieron, ni por parte del trabajador, ni por parte del patrono, ninguna de las causales que consagran los artículos 61 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo para poner fin unilateralmente a una convención laboral".

El apoderado de la entidad demandada propuso excepciones de pago, compensación, prescripción, transacción, carencia de acción y título para pedir e inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en el juicio, y contestó los hechos así:

"AL PRIMERO. En parte es cierto.

"AL SEGUNDO. No es cierto en cuanto a la fecha de vinculación del trabajador. Conviene que se pruebe.

"AL TERCERO. Es cierto en cuanto a la existencia del contrato de trabajo.

"AL CUARTO. Es cierto.

"AL QUINTO. Es cierto.

"AL SEXTO. Es cierto.

"AL SEPTIMO. Conviene que se pruebe.

"AL OCTAVO. Es cierto que el 14 de octubre se celebró una reunión y que en la misma fecha el contrato de trabajo terminó por mutuo consentimiento recibiendo el trabajador las sumas que indica en este hecho, correspondientes al pago de salarios y prestaciones sociales.

"AL NOVENO. No es cierto. El trabajador sin presión de ninguna naturaleza y con pleno conocimiento que su contrato de trabajo quedaba terminado firmó el correspondiente recibo de paz y salvo, por terminación consentida del contrato de trabajo.

"AL DECIMO. No es cierto. En ningún caso se hizo una liquidación parcial de prestaciones sociales. El hecho en la forma como está expuesto constituye una suposición por demás infantil que no se justifica en un profesional, precisamente por esta circunstancia no se consideró la necesidad de dejar constancia escrita de la transac-

ción a que llegaron patrono y trabajador cuando voluntariamente aceptó la cuantía y forma de pago de salarios y prestaciones sociales y firmó el correspondiente paz y salvo.

"AL UNDECIMO. Es cierto en cuanto a la comunicación. Y no se le dio ninguna respuesta por cuanto que para la terminación de los contratos de trabajo a término indefinido no se requiere preaviso, y realmente el contrato terminó en la fecha que se transiguió la forma de pago de prestaciones y el contrato terminó por mutuo consentimiento el ordinal b) artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

"AL DUODECIMO. No es un hecho. Constituye una apreciación jurídica equivocada del actor".

Después de un fallo inhibitorio, revocado por el Tribunal, el **Juez Décimo Laboral del Circuito de Bogotá**, en sentencia de 4 de marzo de 1977, absolvió a la demandada de todas las peticiones del libelo y condenó en costas al actor. El apoderado del demandante apeló de la providencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 29 de marzo de 1977, confirmó en todas sus partes la decisión apelada y condenó al demandante en las costas de la segunda instancia. El apoderado de Enrique Parra Romero interpuso contra la sentencia del **ad quem**, recurso de casación que concedió el Tribunal y admitió la Corte.

El recurso

Fue sustentado mediante la formulación de un cargo con base en la primera causal de casación laboral. Se estudiará la acusación junto con el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Fue expresado así:

"Tiene como finalidad este recurso:

"a) Que la Honorable Corte, a través de su Sala de Casación Laboral, case totalmente la referida sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y siete (29-III-1977).

"b) Que, hecho lo anterior y en sede de instancia revoque en su integridad la absolutoria dictada el cuatro de marzo de mil novecientos setenta y siete (4-III-1977), por el Juzgado Décimo Laboral de Bogotá, y en su lugar condene a la Sociedad de Ingeniería y Construcción 'Sico Ltda.', a pagar al doctor Enrique Parra Romero las siguientes sumas de dinero o las que esa Honorable Corporación determine al decidir en instancia:

"Sueldos	$	12.566.67
"Cesantía	$	10.399.92
"Vacaciones	$	4.744.96
"Prima de Servicios	$	8.566.60
"Indemnización por despido injusto	$	19.500.00
	$	59.479.33
"Menos lo ya pagado por vacaciones y prima de servicios	$	8.233.27
		51.246.11

"Más la indemnización moratoria a razón de $ 433.33 desde el quince de octubre de mil novecientos setenta y tres (15-X-1973), hasta el día en que se efectúe el pago.

"A lo anterior se contrae el **petitum** de la demanda con que se inició el proceso y el documento de folio ocho (8), que forma parte de aquella por disponerlo el demandante (folio 4)".

El cargo

Fue presentado de la siguiente manera.

"Con la sentencia acusada el Tribunal Superior de Bogotá, violó indirectamente por aplicación indebida a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas que más adelante se singularizan, las siguientes normas de carácter sustantivo: artículos 9º, 27, 57, ordinal 4º, 62, 63 (artículo 7º Decreto 2351 de 1965), 64 (artículo 8º Decreto 2351 de 1965), 65, 249, 254, 306, 309, 310 del Código Sustantivo del Trabajo y las siguientes normas procesales (infracciones de medio) 60 y 61 del Código Procedimiento del Trabajo y 174, 187, 197, 194 del Código de Procedimiento Civil y 1755 del Código Civil.

"El error de hecho consiste en que no dio por demostrado el Tribunal, estándolo, que el veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y tres (26-II-1973), ya estaba vigente el contrato laboral fecha esta que debió tomarse como iniciación del contrato.

"A este error incurrió por la menos errónea apreciación de la demanda inicial y de su contestación en cuanto contiene confesión, folios 54, 55 y 56 del interrogatorio de parte del doctor Enrique Parra Romero (folios 62, 63, 64, 65, 66, 67 y 68).

"El error de hecho se encuentra contenido en el siguiente párrafo de la sentencia recurrida:

"Comparte la Sala, la apreciación de las probanzas obrantes en el expediente hecho por el señor Juez de la Primera Instancia, en el sentido de que como únicos medios idóneos al respecto, lo constituyen la contestación de la demanda y el interrogatorio de parte absuelto por el actor.

"Las demás consisten en documentales, carecen de todo valor, ya que se trata de simples copias fotostáticas, carentes de autenticidad. De ellas solamente logra establecerse la relación laboral surgida entre actor y demandada cuyo fin tuvo lugar el catorce de octubre de mil novecientos setenta y tres (14-X-1973), pero desconociéndose la fecha de su iniciación. Es bueno repetir aquí, que aunque la prestación personal del servicio presume la existencia de un contrato de trabajo, sus extremos en cambio, deben demostrarse plenamente por quien pretende el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones que puedan tomar apoyo en ellos, todo de conformidad con las normas reguladoras de la carga de la prueba, particularmente el artículo 1755 del Código Civil".

El recurrente copia los hechos 2º, 3º y 4º de la demanda inicial, y las respuestas a ellos, para concluir que la parte demandada aceptó el 26 de febrero de 1973, como fecha de iniciación del contrato de trabajo, hecho que encuentra corroborado con las respuestas a las preguntas 3ª y 4ª del interrogatorio de parte al actor, de donde deduce que las partes aceptaron el trabajo en Cúcuta en los últimos días de febrero de 1973.

El censor indica como error de hecho el no haber encontrado el Tribunal esa fecha de iniciación del contrato, que estaba demostrada; hace provenir el error de la equivocada apreciación de la demanda, de la contestación y del interrogatorio de parte; advierte incidencia del error en la decisión absolutoria, por no haberse liquidado la totalidad del salario, ni la cesantía, las vacaciones y las primas de acuerdo con el tiempo trabajado; encuentra el salario demostrado con el hecho segundo de la demanda y su contestación y deduce del hecho undécimo del libelo y de su respuesta, la prueba de la terminación del contrato por despido.

Concluye el ataque con la afirmación de que hubo mora y de que por no haberse condenado a la indemnización correspondiente, se violó al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El opositor alega que por no existir la fecha precisa de iniciación de labores, no pueden determinarse las cuantías salariales ni prestacionales; advierte para el caso de que prospere el cargo, que el actor confesó haber recibido $ 89.269.13, que no existen pruebas sobre los saldos salariales insolutos, que no son aplicables al caso los artículos 309 y 310 del Código Sustantivo del Trabajo, que las prestaciones deben liquidarse en la forma ordinaria, que la confesión de pago no discriminó los respectivos valores, que no se demostró la naturaleza del vínculo, que la duración se infiere por la de las obras, que no cabe el tratamiento de la terminación del contrato a término indefinido y que el demandante firmó paz y salvo por todo concepto.

Se considera

La sentencia acusada funda la absolución en la falta de prueba de los extremos del contrato, de los cuales solamente encuentra demostrada la fecha de terminación. Los extremos del contrato que son necesarios para la liquidación de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son la duración del servicio y el monto del salario. La prueba de esos factores es la que el sentenciador reclama para el cálculo de los derechos demandados.

En el hecho cuarto de la demanda se afirma que el demandante Parra en los días 26 y 27 de febrero de 1973, practicó

visita en las pistas en reparación del aeropuerto de Cúcuta, junto con el Director Administrativo y el Interventor Técnico, en cumplimiento del contrato de trabajo que se admitió en el juicio. Ese hecho fue aceptado como cierto en la contestación de la demanda, luego quedó demostrado por confesión que el 26 de febrero de 1973, el demandante estaba trabajando para la demandada, y el desconocimiento que de ese hecho hace el Tribunal, es un error evidente porque la prueba es clara y no deja duda sobre el trabajo en ese día.

En cambio la prueba del salario convenido no aparece en la respuesta al hecho segundo de la demanda, como lo pretende el acusador, ya que el apoderado de la sociedad negó la fecha de vinculación del actor y pidió que se demostrara el hecho, luego no aceptó lo afirmado en ese aparte. Los hechos aseverados en el libelo deben ser negados o aceptados, pero el demandado no aceptó ese hecho sino que solicitó su prueba y negó rotundamente la fecha de iniciación de labores. No puede entenderse como confesión sobre el monto del salario, la respuesta al hecho segundo, porque él no fue aceptado, ni aparece ánimo de confesar, ni la respuesta se refiere a la remuneración como admitida por el apoderado de la demandada.

En la situación anterior, se concluye que fue demostrada la duración del contrato de trabajo entre el 26 de febrero de 1977 y el 14 de octubre del mismo año, pero no se estableció el valor del salario estipulado, por lo cual es imposible determinar el monto de las prestaciones, salarios e indemnizaciones reclamados.

Aunque se demostró error de hecho en cuanto el Tribunal no encontró probada la fecha de iniciación de los servicios, no se ha de casar la sentencia recurrida, porque la falta de prueba de la remuneración impide el cálculo del valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, y el recurrente afirma que se confesó el salario, mas no demuestra que se haya cometido error de hecho por el Tribunal, ya que no aparece la aceptación al hecho segundo de la demanda, y el error de hecho en casación, como es sabido, ha de ser evidente.

Aún más, si se admitiera que la manera de apreciar el recurrente la respuesta al segundo hecho de la demanda, fuera posible, se tendría que esa respuesta entrañaría aceptación, salvo en cuanto a fecha de iniciación del contrato, pero también sería posible el entendimiento de que la respuesta no acepta el hecho y rechaza en forma directa la fecha inicial, máxime cuando también en la respuesta al hecho séptimo se dice: "Conviene que se pruebe", sin que pueda entenderse admitido el hecho.

Ante las dos maneras de apreciar la prueba, el fallador puede escoger una de las posibles, y el error de hecho no se produce porque no es evidente.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Enrique Parra Romero contra la Sociedad de Ingeniería y Construcción Limitada. Sico Limitada.

Costas del recurso extraordinario, a cargo de la parte recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DETERMINACION DE LO QUE SE DEMANDA

El requisito de la "determinación de lo que se demanda" hace relación más al elemento cualitativo que al cuantitativo

ULTRA Y EXTRA PETITA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 44).

Gerardo Paredes Varona, mayor, vecino de Pasto, demandó por medio de apoderado judicial a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, domiciliada también en Pasto, para que se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que carece de eficacia legal y, por consiguiente, no tiene vigencia, la Reforma de los Estatutos de la Caja de COMPENSACION FAMILIAR —DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, aprobada por la Asamblea General de Afiliados de la entidad, reunida con fecha 14 de marzo de 1975, en sesión ordinaria estatutaria convocada por su Consejo Directivo, por no estar aprobada tal Reforma, ni la acta correspondiente de la referida sesión, por la División de Control de Cajas de Compensación Familiar del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, no tiene validez alguna el acto de elección del nuevo Consejo Directivo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO, realizado de conformidad con la Reforma Estatutaria, en la misma sesión ordinaria de fecha 14 de marzo de 1975, por la Asamblea General de Afiliados de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO - DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO. TERCERA: Que son, igualmente, inválidos o inexistentes los actos realizados o ejecutados por el nuevo Consejo Directivo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO, nacido de la referida sesión de fecha 14 de marzo de 1975 celebrada por la Asamblea General de Afiliados de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO-DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, por ser espúreo tal organismo, incluyendo, entre otros actos, el relativo a la destitución del doctor GERARDO PAREDES VARONA, como Director Administrativo de la entidad, y el nombramiento de su reemplazo, recaído en la persona del doctor ERNESTO BRAVO ERAZO. CUARTA: Que, por las mismas razones, carece de validez el acto de posesión del doctor ERNESTO BRAVO ERAZO, como Director Administrativo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO, cumplido con fecha 2 de mayo de 1975, y que, por tanto, el demandante conserva su **status jurídico** como Director Administrativo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO - DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, por cuanto no ha sido legalmente reemplazado, ni tiene validez el acto de su destitución. QUINTA: Que debe ser restituido el demandante, doctor GERARDO PAREDES VARONA, a su cargo de Director Administrativo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO

- DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, con los mismos derechos, prerrogativas y responsabilidades inherentes a tal cargo, de conformidad con los Estatutos vigentes de la citada entidad, no requiriendo para el efecto de nueva posesión. SEXTA: Que, como obvia consecuencia de lo anterior, para los efectos del reconocimiento de los sueldos o salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, debe considerarse que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del demandante, como Director Administrativo de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO - DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, y que, por tanto, deben pagarse al demandante, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, los sueldos dejados de percibir, desde la fecha en que fuera ilegítimamente destituido de su cargo hasta la fecha de su reintegro, así como las demás prestaciones sociales, derecho e indemnizaciones laborales que se deriven a su favor de tal circunstancia. SEPTIMA: Que la entidad demandada, debe pagar las costas del juicio".

Como fundamentos de hecho la demanda expresa los siguientes: El 15 de septiembre de 1966 se creó en Pasto la Caja de Compensación Familiar de Nariño - Dependiente de la Seccional de Fenalco de Pasto, habiéndose designado el 29 de septiembre del mismo año Director Administrativo al demandante luego de conformarse la mesa directiva. La Gobernación de Nariño, por medio de la Resolución número 619 de octubre 18 de 1966, reconoció personería a la entidad recién fundada y acogió la elección de sus directivas y la del demandante. El 14 de marzo de 1975 la Asamblea General de Afiliados de la Caja de Compensación Familiar - Dependiente de la Seccional de Fenalco de Pasto, reformó los estatutos de la entidad y eligió nuevo Consejo Directivo, sin que la reforma estatutaria hubiese sido previamente aprobada por la División de Control de Cajas de Compensación Familiar del Ministerio de Trabajo, como lo exige el artículo 60 del Decreto número 658 de 1974. El nuevo Consejo Directivo de la entidad demandada en su primera sesión de instalación realizada el 1º de abril de 1975, resolvió separar de su cargo a Paredes Varona, lo que hizo el 22 de abril de 1975, designando en su reemplazo al doctor Alfredo Ernesto Bravo Erazo, quien tomó posesión del cargo de Director Administrativo el 2 de mayo de 1975. Hasta la fecha de la demanda ninguna de las actas de las sesiones celebradas en 1975 por los organismos directivos de la entidad demandada había sido aprobadas por la División de Control de Cajas de Compensación Familiar del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y por el contrario dicha División advirtió en oficio de 30 de junio que había resuelto no aprobar las actas por no estar conformes con normas legales, habiendo manifestado en oficio de junio 26 que los nuevos Estatutos no habían sido aprobados y que por lo mismo no tenían valor. No obstante lo anterior como Director Administrativo de la entidad figura el doctor Ernesto Bravo Erazo siendo así que los actos realizados por la Asamblea General y el Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar son inexistentes o legalmente ineficaces. La última asignación de Paredes Varona fue de $ 7.500.00 mensuales, más gastos de representación y a su reemplazo se le fijó un sueldo de $ 10.000.00 mensuales.

Con excepción de haber tomado posesión el doctor Ernesto Bravo Erazo el 24 de mayo de 1975 del cargo de Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar de Nariño, todos los demás hechos fueron negados por el apoderado judicial de la misma cuando contestó la demanda, quien propuso además las excepciones de prescripción y falta de causa.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Civil del Circuito de Pasto, decidió la primera instancia en sentencia de nueve de julio de mil novecientos setenta y seis, en cuya parte resolutiva Resolvió: "1º Abstenerse de hacer los pronunciamientos contenidos en las peticiones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª de la demanda por carecer de competencia para ello. 2º Inhibirse de hacer los pronunciamientos contenidos en las peticiones 5ª y 6ª de la demanda por no reunirse los requisitos previos que deben anteceder a tal pronunciamiento. 3º Costas a cargo del Actor. Tásense".

Apeló el apoderado de Gerardo Paredes Varona. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, en sentencia de probenda el dos de septiembre de mil novecientos setenta y seis, aún cuando por motivos diferentes confirmó la "otalidad" (sic) de la sentencia de primera instancia apelada; dejó "a salvo el derecho del actor de presentar, si lo juzga conveniente nueva demanda", y condenó en costas al actor, cuyo apoderado recurrió en casación.

Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda de casación. No presentó réplica la parte no recurrente.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el casacionista: "Acuso la sentencia del Honorable Tribunal de Pasto —Sala Laboral—, de fecha 2 de septiembre de 1976, proferida en el juicio ordinario laboral instaurado por el señor GERARDO PAREDES VARONA contra la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO - DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, por violación directa de la ley sustancial, en razón de la falta de aplicación del artículo 8º, inciso 1º, del Decreto 2351 de 1965, como consecuencia de la infracción del inciso 1º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil".

Dice el recurrente que al confirmar en su totalidad el fallo del Juez **a quo**, quien se abstuvo de pronunciarse acerca de las peticiones de la demanda por carecer de competencia para ello, el Tribunal Superior infringió la norma contenida en el artículo 2º del Código Procesal de Trabajo, violando por contera el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, violaciones que a su vez condujeron a la del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, norma sustancial.

Argumenta el impugnador:

"El fallo del Tribunal de Pasto, remite al del juez **a quo**, por haberlo confirmado en su totalidad. En estas circunstancias, y en orden a sustentar el recurso de casación, se precisa analizar tal fallo, antes de proceder a impugnarlo. De paso, se anota que la decisión del Tribunal de Pasto se apoya en otras supuestas fallas de tipo procesal, que no tienen nada que ver con las razones que sustentan sentencia del **a quo**. No obstante tal consideración, las decisiones de éste fueron confirmadas en su totalidad, contrariando la lógica jurídica y la congruencia de las providencias judiciales, especialmente de las sentencias, a la que se refiere el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. 1). El fallo invierte el sentido prioritario de las declaraciones y condenas reclamadas en la demanda, haciendo caso omiso del principio de la relatividad de la cosa juzgada, para enfocar la atención principal del asunto en la competencia de la justicia laboral, en la decisión de las declaraciones previas desarticulando el **petitum**. Al aislar tales declaraciones de las restantes, que son las de fondo, y que se refieren al despido ilegal y al reconocimiento de las indemnizaciones laborales reclamadas en favor del demandante, dejando supeditadas éstas a la decisión de aquéllas, se incurre en seria dicotomía, tergiversando el objeto mismo de la demanda. No se puede aceptar, so pena de equivocarse palmariamente, que las peticiones de fondo de la demanda, no sean de la exclusiva competencia de la justicia laboral. 2) El fallo reconoce que la persona jurídica demandada es una entidad de derecho privado, sujeta al control oficial, y que los actos y manifestaciones de voluntad de sus organismos directivos requieren para su plena validez la aprobación de la División de Control de Cajas de Compensación Familiar, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de la ordenación contenida en el artículo 60 del Decreto número 658 de 1974. Siendo esto así, no se ve la razón para que la justicia laboral pueda dejar de calificar un acto de una entidad de derecho privado, que produjo consecuencias jurídicas en el campo laboral, como es el del despido ilegal del demandante, al haberlo desplazado de su cargo y sustituido por otra persona, cumplido por un organismo espurio, que usurpó funciones directivas, precisamente por no haber ajustado el acto de su constitución a los requerimientos legales. Con la demanda no se está acusando ningún acto

de autoridad administrativa; simplemente se está reclamando la ilegitimidad de una actuación llevada a cabo por una persona jurídica de derecho privado, que produjo la separación del cargo que ejercía el demandante, el despojo de sus atribuciones, y las consiguientes indemnizaciones de tipo laboral, concretadas en el daño emergente y en el lucro cesante. 3) El fallo no hace mención alguna de la relación laboral estructurada entre el demandante y la entidad demandada, ni menos del conflicto jurídico suscitado por el hecho del despido del demandante, no obstante ser este asunto punto cardinal para definir la competencia de la justicia laboral. Si la jurisdicción especial del trabajo está instituida para decidir los conflictos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, conforme lo preceptúa el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, lo natural y lógico es que, planteado ante ella un conflicto de esta naturaleza entre a resolverlo a fondo. En el caso de autos, por ejemplo, si bien es cierto que no se puso en duda el carácter de la relación laboral concertada entre el demandante y la entidad demandada (el mismo apoderado de esta lo admite, al contestar la demanda), sí se cuestionó el despido ilegal del demandante. Entonces, a la justicia laboral corresponde entrar a dirimir el conflicto planteado, originado directa o indirectamente del contrato de trabajo, de acuerdo a la realidad procesal y teniendo en la cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. (Artículo 4º del Código de Procedimiento Civil). Y con mayor razón, en tratándose de controversias laborales, es, en cuyo procedimiento para reclamarlas se otorgan amplísimas facultades al juez, en busca de la verdad real y en orden a evitar las sentencias inhibitorias, y con los poderes de que dispone para fallar extra y ultra petita. 4. Si bien es verdad que las normas sobre jurisdicción y competencia no son propiamente procedimentales o adjetivas, destinadas a enderezar el mero ejercicio de las actividades judiciales, por ser preceptos fundamentales de derecho público que estructuran la rama jurisdiccional y limitan sus órbitas funcionales, con lo que su violación bien podría dar lugar la casación, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha admitido que la violación de las normas procedimentales, en su amplia acepción, es alegable en casación cuando ha sido medio para quebrantar derechos sustanciales. En sentencia de fecha 21 de febrero de 1974, dijo la Corte al respecto lo siguiente: 'Uno de los requisitos fundamentales para la debida estructuración de un cargo en este recurso extraordinario, es de que se señale la violación de normas sustanciales de derecho, entendiéndose por tales las que crean o establecen un derecho concreto y la obligación correlativa. Las disposiciones meramente procedimentales pueden ser objeto de examen en casación laboral, cuando su violación ha constituido el medio por el cual se quebrantaron los respectivos preceptos sustanciales, pero aquéllas por sí solas, no relacionadas con éstos, impiden a la Sala invalidar el fallo acusado, pues el vicio in judicando y no in procedendo, es el que da lugar a dictar invalidación'. Con esta demanda, se acusa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, Sala Laboral, precisamente por violación directa de la ley sustancial, con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, en razón de la falta de aplicación del artículo 8º, inciso 1º, del Decreto número 2351 de 1965, que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y como consecuencia de la transgresión de las normas procedimentales, especialmente las que se refieren a la competencia de la justicia laboral. La violación de éstas, sirvió de medio al Tribunal, para desconocer aquéllas. La norma sustancial violada, por falta de aplicación, consagra el derecho para demandar la indemnización de perjuicios, por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, a cargo de la parte que incumplió el contrato. Propone la norma, la resolución del contrato con indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado, o, como lo ha dicho la Corte, 'el género incumplimiento de lo pactado, se sanciona con la resolución del contrato y con el pago de perjuicios a cargo de quien incumple'. (Casación, enero 15 de 1959). No se trata de sancionar solamente el despido injusto, sino todo despido ilegal. Y la indemnización

consiste en el reconocimiento del daño emergente y del lucro cesante, en favor de la parte afectada. Este último, en tratándose del despido injusto, está regulado por los numerales siguientes del artículo 8º del Decreto número 2351 de 1965. En el caso de autos, se contempla un caso típico de ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. La prueba es contundente para sostener que quien tenía facultad legal para destituir al demandante del cargo de Director Administrativo de la entidad demandada, era el CONSEJO DIRECTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO, DEPENDIENTE DE LA SECCIONAL DE FENALCO DE PASTO, tal como figura en los Estatutos aportados, y no el nuevo CONSEJO DIRECTIVO, nacido de la Asamblea General de Afiliados de fecha 14 de marzo de 1975, por ser ilegítimo su origen. La acción instaurada persigue el reconocimiento de ese hecho por parte de la justicia laboral y la consiguiente indemnización de perjuicios a cargo de la demandada. Más concretamente, se demanda el reconocimiento del lucro cesante en favor del demandante, por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo, al que alude la disposición cuya violación se invoca. Tal indemnización no se traduce en otra cosa distinta al reconocimiento de los sueldos dejados de percibir por el demandante, a consecuencia del despido unilateral e ilegal de su contrato de trabajo con la entidad demandada, desde la fecha en que se produjo ésta, hasta el día en que la demandada le reconozca su **status jurídico** de Director Administrativo de ella. Y no solamente los sueldos dejados de percibir, caso de no haber sido ilegalmente despojado de su cargo, sino también las prestaciones sociales correspondientes. La falta de aplicación de la disposición que se menciona en este cargo constituye la violación que ha incidido en la parte resolutiva de la sentencia impugnada. Si el Tribunal Superior de Pasto, por medio de su Sala Laboral, hubiese aplicado la norma, supuesta la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la entidad demandada, habría tenido necesariamente que imponer a ésta las declaraciones y condenas impetradas".

Por su parte el Tribunal Superior, luego de transcribir la petición sexta de la demanda inicial, fundamentó su decisión así:

"Basta esta transcripción para determinar que el actor no precisó en forma clara y determinada, como lo exige el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral, el valor correspondiente a las peticiones ahí contenidas, pues se limitó a enunciarlas **in genere**, no específicamente, como en abundante jurisprudencia lo ha sostenido esta Corporación, respaldada por reiteradas doctrinas de la Honorable Corte Suprema de Justicia. En estas condiciones, como en múltiples oportunidades se ha dicho, no existe en el caso sometido a juzgamiento el presupuesto procesal de demanda en forma, lo que conduce a este Tribunal a inhibirse de conocer sobre el fondo del proceso y, si bien la providencia materia de la alzada es del orden inhibitorio también al cual llegó el **a quo** por otras razones, debe ser confirmada, no sin antes establecer que queda a salvo el derecho del actor de presentar nueva demanda en reclamación de sus derechos laborales".

Se considera

Aun cuando el fallador de segunda instancia resolvió confirmar "en su totalidad la sentencia de primera instancia apelada", expresamente dice en la parte motiva que lo hace por otras razones, con lo cual debe entenderse que no comparte las que expuso el Juez de primer grado. Y a esa conclusión se llega con la simple comparación de los argumentos expuestos, pues el fallador de primera instancia resolvió declararse inhibido por estimar que no era competente para conocer de algunas pretensiones de la demanda con que se inició el proceso, y el ad quem llegó a la misma decisión por haber observado que una pretensión, la sexta, no precisa en forma clara y determinada el valor de las peticiones allí contenidas.

El recurrente en casación impugna la argumentación del a quo por estimar que al confirmar totalmente su sentencia el Tribunal Superior la acogía, lo cual, como ya se ha visto, no es totalmente exacto. Pero aún en el caso que así fuere, y a esta conclusión también podría llegarse

por la forma confusa de la parte resolutiva del fallo de segunda instancia, ello querría decir que dicho fallo tiene dos motivaciones: la expresada por el Juez y aquélla en que se fundamentó el propio Tribunal.

Al censurar únicamente las motivaciones del fallador de primera instancia, lo que la Corte ha admitido como posible únicamente cuando el Tribunal las acoge sin reservas como fundamentación de su decisión, sin que exponga consideraciones propias, el recurrente deja en pié la motivación del ad quem, por lo cual la sentencia impugnada no podría casarse aún en el supuesto de que se hubiese apoyado en la de primer grado, pues quedaría en firme su propia motivación, que no fue atacada en el recurso. No habiéndose desquiciado el soporte del fallo recurrido, o al menos uno de ellos, el cargo no prospera.

A pesar de la no prosperidad del cargo estima la Corte necesario hacer alguna observación a los argumentos del Tribunal Superior, que dice apoyarse en jurisprudencia de la Corte, sin precisar de cual de sus Salas de Casación. Respecto de la Sala de Casación Laboral, cabe decir que ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo en sentido contrario al que señala el Tribunal Superior de Pasto, como pasa a verse en la sentencia que en lo pertinente se transcribe. Dijo así el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo:

"No obstante, la Sala quiere advertir al recurrente que el hecho de no avaluarse concretamente cada una de las peticiones de la demanda, no implica falta de 'determinación de lo que se demanda', si por otra parte se indican precisamente las prestaciones e indemnizaciones que se reclaman y se exponen con claridad los hechos u omisiones en que se fundamenta la acción. El requisito de la 'determinación de lo que se demanda' hace relación más al elemento cualitativo que el cuantitativo. Por eso el artículo 205 del Código Judicial, que cita el impugnador como fuente del artículo 25 del Código Procesal Laboral, sólo exige determinar la cuantía global de la demanda cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia. No hay que olvidar por otra parte, que el Juez laboral de primera instancia tiene frente a la demanda facultades que no solamente se mueven dentro del radio común de todo juzgador, como sería determinar el valor de las peticiones en la sentencia, sino que le está permitido excepcionalmente fallar ultra y extra petita, es decir, aún por encima de lo calculado en la demanda y también aún sobre lo no pedido en ella" (Casación de veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, Miguel Alcalde del Toro contra Fernando Martínez Dorrien).

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 el dos de septiembre de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Laboral, en el juicio de Gerardo Paredes Varona contra la Caja de Compensación Familiar de Nariño.

Sin costas en el recurso extraordinario, por haberse producido rectificación doctrinaria.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

El patrono debe manifestar en forma expresa e inequívoca los motivos concretos que tenga, o la causal o causales que invoque para prescindir de los servicios del trabajador

Es el sentenciador quien determina cuál es la justa causa de las establecidas por la Ley que prevé tales hechos como determinantes legítimos para que la voluntad del patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 6128).

(Acta Nº 44).

En el juicio propuesto por **Pedro Nel Acosta Echavarría contra la "Compañía Colombiana de Tabaco S. A."** y mediante fallo del 31 de marzo de 1977, el **Tribunal Superior de Medellín** confirmó el absolutorio de la primera instancia.

Inconforme con ello, el demandante interpuso casación para solicitar que se deje sin efecto tal sentencia, se revoque luego la del Juez y, finalmente, se acceda a ordenar que se le reinstale en el empleo y se le paguen los salarios y prestaciones sociales correspondientes al lapso de cesantía, en subsidio, que se condene a la empresa a indemnizarlo por causa de injusto despido.

Para obtener esa finalidad, propone cuatro cargos en su demanda de casación (folios 7 a 41 de este cuaderno), que sí merecieron réplica de la Compañía (folios 50 a 56 **ibídem**).

Los cargos son así:

Primer cargo

Su planteamiento es: "Acuso la precitada sentencia de segunda instancia de ser violatoria de la ley sustancial, en forma directa y por intepretación errónea, del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, con su parágrafo, del mismo artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), numerales 5º y 6º y el parágrafo de este artículo; en relación con el artículo 6º del mismo decreto y con los artículos 1º, 18, 21, 22 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consecuente falta de aplicación, siendo el caso de hacerlo, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º".

En la demostración del cargo y luego de manifestar su conformidad con la evaluación probatoria de los hechos litigiosos contenida en el fallo del Tribunal, sostiene el recurrente, en larga y detallada disertación, que no es al sentenciador sino al patrono a quien corresponde encuadrar dentro de las justas causas de despido que establece la ley los hechos que le impute en concreto a un trabajador para prescindir de sus servicios. Y que si no obra de esta manera el patrono al tiempo del fenecimiento del contrato, viene a romperlo injustamente y corren de su cuenta las consecuencias de esa actitud ilegítima.

Así cree que cuando el sentenciador ad quem entró a determinar que los motivos aducidos por la Colombiana de Tabaco estaban comprendidos dentro de las causales de despido consagradas en los ordinales 5º y 6º del artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965, incurrió en la interpretación errónea que el cargo le atribuye y en la falta de aplicación consecuencial de los demás textos que invoca.

Se considera

La Corte ha sostenido en varias ocasiones que el patrono debe manifestar en forma expresa e inequívoca los motivos concretos que tenga, o la causal o causales que invoque para prescindir de los servicios de un trabajador, cuando quiera que vaya a dar por terminado unilateralmente el contrato de acuerdo con lo establecido por el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965, y que esa manifestación debe hacerla en el momento mismo del fenecimiento del contrato, para que sea válida, según lo enseña el Parágrafo de dicho precepto.

Indicar los hechos motivantes del despido o decir la causal legítima invocada para ese proceder son las dos formas igualmente eficaces que el patrono ha de emplear si quiere dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en las hipótesis previstas por el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965. Pero se acomoda de manera más estricta a los dictados de la lealtad con su contraparte el uso de la primera de tales formas, pues le permite mayor amplitud en su defensa ante los jueces al despedido, ya que es más sencillo contraprobar sobre hechos concretos que respecto de causales abstractas de la ley.

Si, como quedó visto, es válido el uso de cualquiera de estas dos formas para el recto ejercicio por el patrono de su derecho a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, resulta claro también que si demuestra en juicio la veracidad de los hechos invocados para el despido, puede el juzgador encuadrar tales hechos dentro de las causales abstractas señaladas en la ley para tener como justo ese despido, sin que al proceder así llegue a quebrantar por interpretación errónea el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965 ni los demás preceptos que cita el cargo que, en consecuencia, no llega a la prosperidad.

Cargo segundo

Dice así su planteamiento: "Acuso la citada sentencia de segunda instancia de ser violatoria de ley sustancial en forma directa y por aplicación indebida del artículo 7º literal a), de su parágrafo, del Decreto 2351 de 1965; del mismo artículo 7º, literal a), numerales 5º y 6º y del parágrafo del mismo artículo; y por consecuente falta de aplicación del artículo 8º del mismo Decreto 2351 de 1965".

En la demostración del cargo insiste el recurrente, de manera más amplia todavía, en las reflexiones que hizo al sustentar el primero, para sostener también que es al patrono y nunca al sentenciador a quien incumbe encuadrar dentro de las causales señaladas por la ley los hechos que invoque para despedir a un trabajador.

Se considera:

Basta a la Sala remitirse a las argumentaciones expuestas en el estudio del cargo anterior para encontrar ahora que no se configuran las violaciones preceptivas planteadas en este segundo cargo que, en consecuencia, no prospera.

Cargo tercero

Se enuncia así: "Acuso la citada sentencia de segunda instancia de ser violatoria de la ley sustancial por vía indirecta y por aplicación indebida del artículo 7º, literal a), parágrafo; artículo 7º, literal a) numerales 5º y 6º y parágrafo y consecuente falta de aplicación, siendo el caso de hacer lo del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º. Violaciones en las que incurrió el fallador por vía indirecta, a consecuencia de errores de hecho, manifiesto de autos, originados en la equivocación de una prueba.

"Prueba equivocadamente apreciada: Carta de despido, folios 15, 16 y 17.

"Los errores de hecho fueron: No dar por demostrado, estándolo que en la carta de despido que obra a folios 15 a 17, no está ni identificada, ni señalada, ni determina-

da, ni equivocada por el patrono ninguna causal considerada como justa por el literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, para que pueda considerarse terminado el contrato con justa causa, y en consecuencia para que el Tribunal pueda calificar como justo el despido.

"2. Dar por demostrado, sin estarlo, que el patrono en la carta de despido, señaló, invocó o determinó las causales 5º y 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

"3. Darle validez, siendo el caso de no hacerlo, a impugnaciones que aparecen en la carta de despido, mientras esa imputación o imputaciones no hayan sido específicamente invocadas y en forma expresa por el patrono, como constitutivas de una o varias de las causales que el artículo 7º, literal a) del Decreto 2351 de 1965, ha previsto como justas para que el patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

"4. Calificar el Tribunal el despido como justo, sin que el patrono haya señalado una causal justa y prevista en la ley como tal, para que, de ese modo el patrono pudiera terminar el contrato de trabajo.

"5. No considera el Tribunal siendo el caso de hacerlo, que siempre que la ley faculta o autoriza a la voluntad de una de las partes para la ejecución de un determinado acto jurídico, al mismo tiempo que autoriza, **regula esa voluntad unilateral**, para que no se convierta esta autorización en cúmulo de arbitrariedades, nacidas de una facultad ilimitada, en verdad, el reglar esa voluntad unilateral, da lo mismo que establecer condiciones o requisitos.

"6. **Encontrar el Tribunal, sin ser cierto que en la carta de despido el patrono cumplió todas las formalidades, requisitos o condiciones que la ley exige, cuando autoriza como en el presente caso, la terminación del contrato por parte del patrono.**

"**Incidencia**: Como consecuencia de los errores señalados, el Tribunal consideró que en la carta de despido estaba invocada e identificada debidamente, una causal justa para la terminación del contrato, lo cual no es cierto; llegó hasta el extremo de considerar como identificada sin estarlo, las causales 5º y 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en la carta de despido, lo que tampoco es cierto, porque el patrono en esta carta no señaló jamás esas causales ni tampoco las invocó ni expresa ni concretamente; estimó, además, que el mero hecho de hacer imputaciones en una carta de despido, da lo mismo que identificar, especificar o invocar una de las causales o varias, que el literal a), numerales 1º al 15, ha previsto como justas, para que el patrono pueda dar por terminado un contrato de trabajo con justa causa, lo cual no es cierto, porque el parágrafo de la ley citada en el cargo, exige que el patrono, al momento de la extinción del contrato con causa justa, exprese, especifique y determine, cuál de las causales, numerales 1º al 15 del literal a) del artículo 7º, es la que se invoca para que pueda considerarse terminado el contrato de trabajo con causa justa; de no expresarse esta causal, el contrato de trabajo sí queda terminado pero sin causa justa.

"De igual manera procedió el Tribunal a calificar como justo el despido, siendo que se desconocía cuál era la causal alegada por el patrono, como justa, y de ese modo resultaba imposible calificar la justicia del despido; al mismo tiempo consideró, que el patrono cumplió todas las condiciones legales, para la validez del despido; de no haber sido por las anteriores consideraciones, hubiera estimado el Tribunal que el patrono no cumplió ninguna de las condiciones legales para la validez del despido; y que, por lo tanto, el despido resultaba sin causa justa, por no haberse alegado ni especificado, al momento de la extinción del contrato, una de las causales que la ley expresamente consagra como justas, para poderse terminar de ese modo el contrato de trabajo; hubiera estimado, además, que sólo podía alegar el patrono y no él, al momento de la extinción del contrato causales o motivos de terminación del mismo, causales estas que el patrono tampoco invocó, ni señaló, y, en fin, hubiera aplicado correctamente las disposiciones señaladas en el cargo, de haber decidido que no es dable al patrono, oficial o privado, abstenerse de señalar la causal o causales que se invoquen como motivo de la terminación de un contrato de trabajo, por tratarse de un precepto legal cuya inobservancia es ilícita, y su desconocimiento inadmisible,

porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa".

Al sustentar el cargo, reitera el recurrente, esta vez mediante el análisis de la carta de despido (fls. 15 a 17 Cdno. 1º), su parecer de que únicamente el patrono puede determinar a cuál o a cuáles de las justas causas de despido previstos por la ley corresponden los hechos que lo llevan a prescindir de los servicios de un trabajador, a lo cual añade ahora que como la carta de la Colombiana de Tabaco dirigida al señor Acosta no hizo esta determinación, el sentenciador ad quem cometió los errores de hecho que el cargo le atribuye y violó así de manera indirecta los textos legales que en él se citan.

La Sala considera

Al analizar el primer cargo quedó esclarecido que es lícito y válido para el patrono exponer los hechos en que funda el retiro del trabajador cuando vaya a fenecer unilateralmente el vínculo de servicios, y que es permitido también que sea el sentenciador quien determine cuál es la justa causa de las establecidas por la ley que prevé tales hechos como determinantes legítimos para que la voluntad del patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo.

De esta manera, la circunstancia de que la empresa demandada no diga en su carta de despido qué causal de las previstas por el artículo 7º, aparte a), del mencionado Decreto Legislativo 2351 es la que invoca para despedir al señor Acosta Echavarría no hace ilegítimo ese proceder suyo, ni tampoco significa que el fallador hubiese errado de hecho al entender que con esa carta y con la demostración en el proceso de lo dicho en ella resultaba justo el despido del demandante, ya que ese criterio del sentenciador no deriva de una equivocada apreciación de aquella carta sino de haber encajado dentro de dos de las justas causas de despido señaladas en dicho artículo 7º los hechos alegados en la carta, cosa que, se repite, le era lícita.

El cargo no prospera, por lo tanto.

Cargo cuarto

"Acuso la citada sentencia de segunda instancia de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida y por vía indirecta del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), y su parágrafo; del mismo artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, literal a), numerales 5º y 6º y su parágrafo, en relación con los artículos 58, 60, 107, 108, 109, 110, 111, 37, 39, 43, 45, 54, 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y con el artículo 2347 del Código Civil; como consecuencia de la violación anterior, dejó de aplicarse, siendo el caso de hacerlo, el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores de hecho, manifiestos de autos, originados en la falta de apreciación de unas pruebas y equivocada apreciación de otras.

"Pruebas equivocadamente apreciadas: Carta de despido folios 15, 16 y 17.

"Testimonios de: JAIRO ALVAREZ (folios 81 a 83, fte. y vlto.); IVAN HERNANDEZ LOPEZ (folios 86 a 89, fte. y vlto.): FABIO HOYOS JARAMILLO (folios 92 fte. y vlto., y 93 fte.).

"Pruebas no apreciadas: Reglamento interno de trabajo, folio 14; contrato de trabajo, folio 22; acta número 13, de noviembre 3 de 1975, por medio de la cual se descarga el trabajador Argemiro Arias, folio 79.

"Con relación a las probanzas singularizadas, invocó la jurisprudencia de la Sala, producida en reunión conjunta de ambas Secciones, según la cual, probado error evidente respecto de una prueba 'calificada' por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, como apta para la casación laboral, pueden estudiarse las no 'calificadas' por dicho precepto, para este fin.

"Los errores de hecho en que incurrió el sentenciador y que aparecen de manifiesto en los autos son los siguientes:

"1. No dar por establecido, estándolo, que la empresa tiene la convicción de la inocencia del demandante, en cuanto que éste no cometió ningún acto inmoral o delictuoso.

"2. No considerar, siendo el caso de hacerlo, que el patrono no imputó al demandante el hecho de la sustracción de dos cajas de cigarrillos; y, en general deducir de la carta de despido hechos no contenidos en ella.

"3. Deducir del contrato y del reglamento de trabajo obligaciones específicas y adi-

cionales, no contenidas en ellos, tales como:

"a) No haber examinado el contenido de las cajas.

"b) No haber reclamado la orden de portería.

"c) Haberse desviado de la ruta.

"4. No haber considerado, debiendo hacerlo, que ni del contrato de trabajo, ni del reglamento, se desprenden las obligaciones específicas imputadas al demandante en forma adicional a las obligaciones propias del demandante conforme su oficio de chofer de bus que se dedicaba a transportar personal.

"5. No haber dado por demostrado, estándolo, que el oficio del demandante era exclusivamente chofer de bus para transportar personal, y que, en consecuencia, no podía atribuirse para sí funciones ajenas a las propias, como las de celador, etc., y mucho menos presumir que quien transportaba objetos de cajas sea un ladrón o autor de hurtos o sustracciones ilegales, tratándose precisamente de compañeros de trabajo.

"6. No haber considerado, debiendo hacerlo, que el incumplimiento de la obligación en cuanto a la ruta, por haberse desviado de ella, no está suficientemente demostrado, toda vez que en el proceso no hay prueba de la ruta que debía seguir el demandante, dentro del normal cumplimiento de su oficio para la época del despido, y que, en consecuencia, la imputación de desviarse mi mandante de la ruta, se quedó sin ninguna demostración.

"7. No dar por demostrado, estándolo la completa y más absoluta inocencia del demandante, frente a los hechos que se le imputan, deducida del documento de folio 79, documento este que fue producido por la contraparte.

"8. Considerar, sin ser del caso hacerlo, que las imputaciones que aparecen en la carta de despido constituyen faltas graves a las **obligaciones contractuales y legales**.

"9. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante tenía conocimiento del contenido de las cajas, o lo que significa lo mismo, que estaba en la obligación de conocer el contenido de las cajas.

"10. No dar por demostrado, estándolo, en el contrato y reglamento de trabajo, que la naturaleza del oficio de chofer dedicado al transporte de personal no le permitía ni tampoco exigía más funciones al demandante que las propias de su oficio.

"11. No dar por demostrado, estándolo, que el patrono no señaló en la carta de despido, ninguna causal considerada en la ley como justa para que pudiera terminar el contrato con justa causa.

"12. Considerar contra la evidencia de la carta de despido y por tanto siendo totalmente falso, que fueron señaladas como justas causas de despido las que el ad quem singulariza con los numerales 5º y 6º del literal a), del artículo 7º del D 2351 (sic) de 1965.

"13. No considerar, siendo el caso hacerlo, que no se cumplió ninguno de los requisitos que la ley exige, para poder el patrono ejecutar con validez el acto jurídico de despedir al trabajador con justa causa, siendo esto de Ministerio legal. 'Incidencia: A consecuencia de los errores señalados, el Tribunal consideró que la controversia radica únicamente en torno a la calificación de justo o injusto que pueda dársele el despido, pretermitiendo de ese modo y dejando a un lado la obligación que tenía de constatar que el patrono hubiera cumplido los requisitos que la ley citada le impone, para ejercer el derecho de despedir a mi mandante con justa causa'; literalmente considero que 'está, pues, plenamente comprobada la comisión de la falta que se le imputa al actor, y **constituida por los hechos** expresados en la carta de despido', y con ello responsabiliza a mi mandante como autor de la sustracción, dejando a un lado, la convicción de la empresa, sobre la inocencia del trabajador, en el sentido de que haya sido autor de actos inmorales o delictuosos con relación a ese hecho; responsabiliza al demandante de no haber cumplido obligaciones que no le correspondían; lo obliga a conocer el contenido de unas cajas que llevaba un pasajero, sin que exista motivo o razón para ello de ninguna índole; se vuelve inconsecuente, esto es, se contradice, cuando decide que está comprobada la falta imputada en los términos de la carta de despido, y después la encaja dentro de los numerales 5º y 6º del artículo 7º, literal a), del D 2351 (sic) de 1965, sin que éste sea el verdadero

contenido de la carta; y, en una palabra, decidió que el trabajador incumplió las obligaciones contractuales; absolviendo por estas razones a la demandada.

"De no haber sido por las anteriores consideraciones, hubiera estimado que la empresa se abstuvo deliberadamente de imputar en la carta la sustracción de las cajas por el señor Acosta; que las faltas que se le imputan al actor no están demostradas; que el patrono no señaló ni especificó ninguna de las 15 causales previstas por la ley para terminar con justa causa el contrato, y que, en consecuencia, la empresa debía condenarse al reintegro, por haber sido despedido sin justa causa comprobada, y en consecuencia, no hubiera aplicado indebidamente la ley citada en el cargo; siendo menester, por ello, la casación de la sentencia en el sentido señalado en el alcance de la impugnación". (Las subrayas son del texto transcrito).

Transcribe luego el cargo un pasaje de la sentencia recurrida, que contiene varios párrafos de la carta de despido, y después hace una larga disquisición tendiente a demostrar que dentro de las funciones de Acosta Echavarría como chofer de un bus de la empresa sólo tenía obligación de transportar a los empleados de ella, sin ser a la vez celador de los bienes de la Colombiana y, que por ello, no le era imputable el hecho de que otro trabajador hubiese llevado en el bus dos cajas que contenían paquetes de cigarrillos elaborados por Coltabaco y cuya procedencia no tenía por qué averiguar Acosta; que nada significa en contra de éste por su antigüedad el haber llevado el bus hasta su casa, ni que altos funcionarios de la empresa lo hubieran sorprendido allí bajando del bus una de las cajas que contenía los cigarrillos, pues Acosta ignoraba ese contenido y sólo iba a guardar la caja en su casa para hacerle un favor a un compañero de trabajo, el señor Arias. E insiste, además, en la tesis planteada desde el primer cargo de que solamente el patrono podía encajar dentro de las justas causas previstas por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 para la terminación de los contratos de trabajo los hechos aducidos en contra del demandante para despedirlo.

Y remata la acusación con un análisis crítico de los testimonios de los doctores Jairo Arbeláez, Iván Hernández López y Fabio Hoyos Jaramillo, para reiterar el aserto de que el Tribunal incurrió en los errores de hecho que el cargo le imputa y, por este medio, violó los preceptos invocados en él, para insistir finalmente en que debe infirmarse la providencia recurrida.

Se considera

Al examinar la carta de despido (fls. 15 a 17, Cdno. 1º), el reglamento de trabajo de la empresa (cuaderno del fl. 14 ibídem) y el contrato de trabajo del actor (fl. 22 ibídem), no aparece de bulto ninguno de los yerros de hecho que el cargo le atribuye al Tribunal ya que si bien es cierto que en esos documentos no aparecen consagradas como causales de despido las faltas que se le imputaron al señor Acosta, es también cierto que el sentenciador las halló consagradas como tales en la propia ley laboral, juicio que no se destruye con el extenso alegato hecho a ese respecto por el recurrente, más valedero para las instancias que para el recurso extraordinario de casación.

Y si los yerros no resultan patentes a través del estudio de las pruebas legalmente calificadas, no es procedente analizar los testimonios de los doctores Arbeláez, Hernández y Hoyos, por no tener aquella calidad conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Ni, menos aún, cabe ese análisis respecto de la llamada acta de descargos del trabajador Argemiro Arias (fl. 79 ibídem), porque lo escrito allí es apenas un testimonio carente en absoluto de las formalidades que la ley exige para una prueba de esta índole.

No prospera tampoco el cuarto 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

REAJUSTES O RELIQUIDACIONES DE PENSIONES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre diez de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Radicación Nº 5726).

(Acta Nº 46).

En el proceso instaurado por **Bernardo González Casas**, por intermedio de apoderado judicial, contra la empresa "**Cementos Boyacá S. A.**", con domicilio principal en Bogotá, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en sentencia pro ferida el veintinueve (29) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976) revocó en todas sus partes el fallo apelado dictado por el **Juzgado Primero Laboral del mismo circuito**, el día cinco (5) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976), que absolvió a la demandada y en su lugar resolvió:

Falla

Primero: REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar se dispone CONDENAR a la Sociedad denominada CEMENTOS BOYACA S. A., representada por su Gerente el señor JULIO ORTEGA SAMPER, o por quien haga sus veces, a reajustar al demandante Bernardo González Casas, la pensión mensual de jubilación a la cantidad de diecinueve mil ochocientos pesos ($ 19.800.00) M/cte., a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos setenta y cuatro (1974). SEGUNDO. COSTAS de la primera y de la segunda instancia a cargo de la parte demandada. TASENSE".

La demandada recurrió oportunamente ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, habiendo sido replicada en el término legal.

El recurrente como alcance de la impugnación manifestó:

Capítulo IV

Alcance de la impugnación

"Con la presente demanda de casación me propongo obtener que la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia recurrida en cuanto revoca en todas sus partes la de primer grado y condena a Cementos Boyacá S. A., a reajustar al demandante Bernardo González Casas la pensión mensual de jubilación a la cantidad de $ 19.800.00 a partir del primero de enero de 1974; además me propongo que la Sala de Casación Laboral, procediendo como Tribunal de instancia, confirme íntegramente la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a la sociedad que represento de todos los cargos de la demanda y condenó al actor en costas".

El recurrente formula su demanda de casación así:

Capítulo V

Motivos de casación

"Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— de fecha 29 de julio de 1976 proferida en el proceso ordinario laboral de Bernardo González Casas contra CEMENTOS BOYACA S. A., en la forma que se expresa a continuación:

Unico cargo

La sentencia acusada infringe, por interpretación errónea, los preceptos legales

sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 7º del Decreto 435 de 1971, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, y los artículos 3º de la Ley 10ª de 1972 y único del Decreto Reglamentario 376 de 1974. Para los efectos del recurso de casación la situación fáctica planteada en el proceso no es materia de controversia alguna. Por ende, este cargo busca únicamente la anulación de la sentencia impugnada, por cuanto al Honorable Tribunal Superior en su fallo de 29 de julio de 1976 interpretó erróneamente las disposiciones legales sustantivas arriba citadas, dándoles un contenido y alcance que jurídicamente no tienen. En la sentencia acusada se lee: " 'Reajuste de la pensión de jubilación. En la primera petición de la demanda se solicita que la sociedad demandada sea condenada a pagar el reajuste de la pensión de jubilación del actor de $ 14.520.00 que venía recibiendo, a la suma de $ 19.800.00, o sea veintidós veces el salario mínimo legal más alto vigente. Sobre el particular es necesario observar que esta petición se fundamenta en lo dispuesto por el Decreto 435 de 1974 (sic) Decreto 577 de 1973 (sic) Ley 10ª de 1973 (sic). El Decreto 435 de 1971, en sus artículos 1º y 5º ordenó un reajuste de las pensiones tanto del sector público como del sector privado y además, en sus artículos 2º y 7º fijó el tope máximo de las mismas, en una cuantía equivalente a 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. De otro lado, en su artículo 3º dispuso que cada tres (3) años, el gobierno haría los reajustes de pensiones teniendo en cuenta la variación de los salarios registrada en el mismo período. Este Decreto entró en vigencia el 1º de abril de 1971 por mandato de su artículo 16. Ahora bien. De acuerdo con los términos del Decreto antes mencionado, los reajustes de pensiones sólo beneficiaban a quienes tenían el carácter de pensionados el 31 de diciembre de 1970, en cambio, los topes máximos señalados en los artículos 2º y 7º deberían aplicarse a las pensiones decretadas con posterioridad a su vigencia. De ahí que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, hubiera dicho que no debe confundirse los reajustes de pensiones con la fijación de los topes máximos de las mismas, por cuanto éstos sólo se refieren a las pensiones futuras, en consideración a que no puede reajustarse lo que aún no esta determinado. Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 10ª de 1972, la situación anterior vino a modificarse sustancialmente, por cuanto en su artículo 3º permitió modificar el tope pensional. En efecto, éste artículo dice textualmente lo siguiente: 'La nueva pensión reajustada conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, no podrá exceder al monto de la pensión máxima fijada por la ley en ese momento! Con todo, la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquellas que estén en vigor, **de tal manera que siempre exista la posibilidad de aumento hasta el máximo legal, dentro del porcentaje ordinario que corresponda a la respectiva pensión**' (Se subraya). Esta ley entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1973 por mandato de su artículo 13. Como se vio anteriormente, el señor apoderado de la empresa demandada al contestar la demanda, acepta que al actor se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 26 de julio de 1972, en cuantía de $ 14.520.00 o sea el equivalente a 22 veces el salario mínimo legal, vigente en esa fecha que es de $ 22.00 diarios según lo dispuesto en el Decreto 577 de abril 13 de 1972. En otros términos, a pesar de que el actor devengó en el último año de servicios un sueldo de $ 34.375.00 mensuales, sinembargo su pensión no fue liquidada con el 75% sino que se aplicó el tope máximo señalado en el Decreto 435 de 1971. Sinembargo, al expedirse el Decreto 2680 de 1973, que aumentó el salario mínimo legal a $ 30.00 diarios, automáticamente se cambió el tope máximo de las pensiones, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3º de la Ley 10ª de 1972. En tal virtud, ya no era aplicable al caso sub judice la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que hacía una distinción entre reajustes de pensiones y el tope máximo de las mismas, la cual tuvo plena vigencia hasta la pedición de la ley antes mencionada. Pero a partir de su vigencia, la situación cambió por mandato expreso de su artículo 3º, lo cual vino a ratificarse con el Decreto 376 de 1976 que en el párrafo 1º de su artículo único

dispuso lo siguiente: 'Se entiende que la elevación del tope máximo de las pensiones favorecerán también a las que en ese momento se encuentran vigentes, **las cuales deberán ser reajustadas**' (se subraya). En este orden de ideas, y de acuerdo con las disposiciones antes mencionadas, hay que concluir que cuando se aumenta el salario mínimo legal, también se opera un cambio en el tope máximo de las pensiones, dentro del porcentaje ordinario que corresponda a la respectiva pensión. En el caso **sub judice**, se tiene que el actor devengó en el último año de servicios un sueldo mensual de $ 34.375.00 por consiguiente, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, le hubiera correspondido una pensión de jubilación en cuantía de $ 24.781.25, o sea, el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de dicha suma. Más, como el Decreto 435 de 1971, fijó el tope máximo de las pensiones es una suma equivalente a 22 veces el salario mínimo legal, la pensión del actor se redujo a la cantidad de $ 14. 520.00. Ahora bien, como el Decreto 2680 de 1973, aumentó el salario mínimo legal a $ 30.00 diarios, lógicamente afectó el tope máximo en las pensiones, y por ende, el actor tiene derecho al reajuste ordenado por la la Ley 10ª de 1972, por cuanto el valor de su pensión reajustada, no excede la cantidad de $ 24.781.25 que es el porcentaje ordinario que le hubiera correspondido de acuerdo con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Hay quienes argumentan que no es viable el reajuste de las pensiones con base en las disposiciones antes mencionadas, por cuanto eso equivaldría a darles efecto retroactivo, lo cual es contrario a la Constitución Nacional. Sin embargo, como las normas sobre trabajo son de orden público, producen efecto general inmediato, y como tales, se aplican a situaciones vigentes o en curso, es decir, que tienen efecto retrospectivo más no retroactivo, según el entendimiento del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo. Para un mejor entendimiento de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 10ª de 1972, es pertinente transcribir lo que sobre el particular dijo el Senador ponente Alvaro González Santana. Con el ánimo de hacer la más absoluta claridad en la aplicación de las disposiciones propuestas y con miras en la justicia social, se consagra la prohibición en el sentido de que los aumentos ordenados no sobrepasen el monto de la pensión máxima fijada por la ley, que es hoy de $ 11.418.00, esto es 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. Y para evitar interpretaciones acomodaticias, **se consagra expresamente el principio de la aplicación retrospectiva de la ley cuando el tope máximo de las pensiones sea modificado'.** (Se subraya). (Anales del Congreso, número 64 del 28 de septiembre de 1972). De todo lo expuesto anteriormente hay que concluir que el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reajustada a la cantidad de $ 19.800.00 a partir del 1º de enero de 1974, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2680 de 18 de diciembre de 1973 que aumentó el salario mínimo.

Demostración del cargo

El sentenciador halló en las normas legales precitadas como infringidas una inteligencia o alcance distintos de los que en realidad contienen, vale decir, que las interpretó equivocadamente. Por consiguiente, en atención a la técnica de la casación, debe indicar cuál fue el sentido errado que el Juzgador imprimió a las mencionadas normas y cuál el verdadero que debió darles. El Decreto 435 de 1971 en su artículo 2º fijó para el sector público una pensión mensual máxima equivalente a veintidós (22) veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. El artículo 7º del mismo Decreto estableció para el sector privado un régimen igual al anterior. El Decreto 577 de 1972, vigente desde el 13 de abril del mismo año, estableció como el más elevado de los salarios mínimos la suma de $ 22.00. De acuerdo con lo anterior, Cementos Boyacá S. A., sociedad de economía mixta, reconoció al señor Bernardo González Casas una pensión de jubilación de $ 14.520.00 mensuales, a partir del 26 de julio de 1972. Es evidente que dicha jubilación tuvo un tope máximo regulado por las normas legales vigentes en su época, esto es, por el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, en armonía con el Decreto 577 del mismo año. El verdadero en-

tendimiento de los preceptos comentados es el de que ellos determinaron un lindero máximo para el monto de las pensiones, según su texto, para los sectores públicos y privados equivalentes a 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. Como lo estableció la Honorable Corte Suprema de Justicia, esas normas fijaron un tope, una pensión máxima; **pero ni ordenaron, ni autorizaron reajustes para las pensiones ya reconocidas**; lo que se estableció fue el límite superior de la cuantía de las que se reconozcan con posterioridad a la vigencia de los artículos 2º y 7º del Decreto 435 de 1971 (subraya el suscrito). Lo anterior es el trasunto fiel de la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, contenida en sentencia del 14 de septiembre de 1972, de la cual fue ponente el doctor José Enrique Arboleda Valencia. Es de advertir que el fallo anterior reiteró los conceptos emitidos por la misma Corporación en sentencia del 7 de septiembre de 1972 con ponencia del doctor Alejandro Córdoba Medina. Pues bien: en virtud de que la pensión del señor Bernardo González Casas fue reconocida a partir del 26 de julio de 1972, es decir, durante la vigencia del estatuto que se acaba de comentar, no es dable, jurídicamente, modificar el tope de dicha pensión. La sentencia acusada establece que la situación anteriormente planteada se modificó sustancialmente por cuanto la Ley 10ª de 1972 en su artículo 3º permitió variar el tope pensional. El precitado artículo 3º dice textualmente: "La nueva pensión reajustada conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, no podrá exceder el monto de la pensión máxima fijada por la ley en ese momento. Con todo, la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquéllas que estén en vigor, de tal manera que siempre exista la posibilidad de aumento hasta el máximo legal, dentro del porcentaje ordinario que corresponda a la respectiva pensión". La Ley 10ª de 1972 entró en vigencia el primero de enero de 1973 por mandato de su artículo 13. Invoca también la sentencia acusada el Decreto reglamentario 376 de 1974 que dispuso: "Se entiende que la elevación del tope máximo de las pensiones favorecerá también a las que en ese momento se encuentran vigentes, las cuales deberían ser reajustadas". Concluye el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá diciendo que en atención al Decreto 2680 de 1973 que aumentó el salario mínimo legal a $ 30.00 diarios, automáticamente se modificó el tope máximo de las pensiones, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 3º de la Ley 10ª de 1972, y que, en tal virtud, ya no era "aplicable al caso sub judice la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que hacía una distinción entre reajustes de pensiones y topes máximos de las mismas, la cual tuvo plena vigencia hasta la expedición de la ley antes mencionada". Aquí surge, de manera protuberante, la interpretación errónea de los preceptos legales infringidos por la sentencia acusada. La Ley 10ª de 1972 empezó a regir el primero de enero de 1973, luego no puede referirse sino a situaciones posteriores a su vigencia, a pensiones de jubilación reconocidas o que se reconozcan desde el primero de enero de 1973 en adelante. Cuando el artículo 3º de la Ley 10ª de 1972 establece que la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquéllas que estén en vigor, se refiere, indudablemente a las causadas después del primero de nero de 1973, fecha desde la cual tiene operancia el aumento automático de los topes máximos como reflejo de la elevación del salario mínimo legal. Sin embargo, el sentenciador estimó equivocadamente que la Ley 10ª de 1972 y su decreto reglamentario tienen un efecto hacia el pasado, vale decir, a pensiones reconocidas con antelación al primero de enero de 1973, con lo cual pretendió darles un efecto retroactivo que jamás pueden tener. En efecto: el principio general es que la aplicación de toda ley es inmediata, esto es, que se aplica en el presente, pero no puede ser aplicada al pasado. El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dice: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empicen a regir, **pero no tienen efecto retroactivo, esto, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores**". La situación jurídica del señor

Bernardo González Casas como pensionado se definió y consumó con arreglo a las disposiciones legales vigentes en la época en que se causó su pensión, o sea, el 26 de julio de 1972 —Decreto 435 de 1971 y normas pertinentes— disposiciones dentro de las cuales no cabe el aumento automático del tope pensional como quedó demostrado anteriormente. No es válido el argumento esgrimido por el sentenciador de que como las normas sobre trabajo son de orden público producen efecto inmediato y que, en consecuencia, el nuevo sistema de reajuste automático de los topes pensionales previsto en la Ley 10ª de 1972 es aplicable a situaciones como la del señor Bernardo González Casas. El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo es muy nítido. Dicho precepto lo que establece es que las nuevas normas sobre trabajo se **aplican a los contratos laborales** que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir; pero no estatuye lo propio respecto de situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, en relación con las cuales consagra la irretroactividad, imperativa categóricamente. Tal es el caso de la pensión del señor Bernardo González Casas, causada antes de la vigencia de la Ley 10ª de 1972, y, obviamente, regulada por las normas legales vigentes en su época. De todo lo anterior se deduce que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia acusada, interpretó erróneamente, infringiendo las normas legales, de carácter nacional antes mencionadas.

Capítulo VI

Argumentación de instancia

"Solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, que, una vez haya dispuesto la casación de la sentencia acusada, se confirme el fallo de primer grado de fecha 5 de abril de 1976, proferido por el señor Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en virtud del cual se absolvió a Cementos Boyacá S. A., de todos los cargos de la demanda y se condenó en costas a la parte actora. Y ello en razón de que no existe fundamento jurídico de ninguna clase que ampara las aspiraciones del demandante, contenidas en el libelo con el cual se inició el proceso el 30 de octubre de 1974 en el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá".

El opositor replicó así:

"Al Alcance de la impugnación: Me opongo plenamente por las razones que más adelante expondré. Además resulta confuso si se tiene en cuenta que la argumentación de instancia, fl. 17 pide que se confirme el fallo del Juez Doce del Trabajo que no fue del 5 de abril de 1976 sino del 12 de septiembre de 1975 (fl. 46). A los motivos de casación: La ley exige que se determine claramente los motivos de casación. Sin embargo, la demanda no lo hace. Guarda silencio y no aprecia si es por la causal primera o por la causal segunda del artículo 60 del Decreto 528, por infracción directa o indirecta dejando entonces a interpretación de la Corte estas determinaciones, lo cual no es procedente. Al cargo: El recurrente se equivocó en la formulación del cargo y además lo dejó sin fundamentación. La improcedencia de la acusación se pone de presente porque la formula en base a consideraciones de instancia; no demuestra el concepto, presuntamente equivocado, que de cada una de las normas violadas tuvo el Tribunal ni el concepto acertado, que de las mismas, debería tenerse; no destaca la diferencia, entre el concepto equivocado y el concepto acertado, por el contrario, en buena parte del cargo, el pensamiento del recurrente resulta coincidiendo con el de la sentencia, cuya casación demanda y lo que es más grave, no desarrolla el cargo por errónea interpretación como lo ha planteado, sino por aplicación indebida de la Ley 10ª de 1972 y en cuanto al artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, por presunto error de hecho, derivado de considerar el Tribunal que la jubilación constituye una situación en curso. En la primera del cargo, el recurrente hace referencia a los artículos 2º y 7º del Decreto 435 de 1971 y dice que esas normas consagraron el tope de jubilación en 22 veces el salario mínimo y añade, invocando una antigua jurisprudencia de la Corte, que dichas normas no ordenaron ni autorizaron reajustes para las pensiones ya reconocidas (fl. 19 de la demanda). La sentencia impugnada dice lo mismo: '.. El Decreto 435 de 1971... en sus Arts., 2º y 7º fijó el tope máximo de

las mismas, en una cuantía equivalente a 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país..' (fl. 106). Y continúa la sentencia: 'Ahora bien, de acuerdo con los términos del Decreto antes mencionado los reajustes de pensiones sólo beneficiaban a quienes tenían el carácter de pensionados el 31 de diciembre de 1970; en cambio, los topes máximos señalados en los artículos 2º y 7º deberían aplicarse a las pensiones decretadas con posterioridad a su vigencia. De ahí que la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— hubiera dicho que no deben confundirse los reajustes de pensiones con la fijación de los topes máximos de las mismas, por cuanto éstos sólo se refieren a las pensiones futuras, en consideración a que no puede reajustarse lo que aún no es determinado'. (fls. 106 - 107). Si hay esta coincidencia sobre el contenido de los artículos 2º y 7º del Decreto 435 de 1971 entre la sentencia y el recurrente, carece por completo de causa su ataque por interpretación equivocada de esas dos normas, y entonces el cargo lo ha debido formular en otra forma. De esta confrontación entre el pensamiento de la sentencia y el de la demanda, queda en claro que ambas tienen el mismo criterio de las dos normas citadas, criterio que fue también el mismo de la Corte Suprema de Justicia como expresamente lo dice la sentencia, con anterioridad a la situación que vino a plantear la Ley 10 de 1972, situación anterior que 'vino a modificarse sustancialmente'. (fl. 107 de la sentencia). De manera que esta parte del cargo carece por completo de eficacia, justamente por cuanto no hay la disparidad supuesta, en interpretación errónea, entre lo que predica la sentencia y los que sostiene la demanda con relación al contenido de los Arts. 2º y 7º del Decreto 435 de 1971. Por el contrario, se observa coincidencia de criterio entre el recurrente y sentenciador sobre el entendimiento de esas dos normas, en cuanto a su aplicación anterior a la vigencia de la Ley 10 de 1972. De manera que no se dio ni menos se demostró ninguna equivocación del fallador en el entendimiento de dichas normas. La segunda parte del cargo está enderezada a demostrar que el artículo 3º de la Ley 10 de 1972, base fundamental de la sentencia con el Decreto 2680 de 1973, no resultaba aplicable al presente caso. Después de prolongadas consideraciones de instancia, el recurrente pasa a concretar su cargo, así: '... Aquí surge, de manera protuberante, la interpretación errónea... La Ley 10 de 1972 empezó a regir el primero de enero de 1973 luego no puede referirse sino a situaciones posteriores a su vigencia, a pensiones de jubilación reconocidas o que se reconozcan desde el primero de enero de 1973 en adelante... Sin embargo, el sentenciador estimó equivocadamente que la Ley 10 de 1972 y su decreto reglamentario, tiene un efecto hacia el pasado...' (fl. 16 de la demanda). Lo anterior pone de presente, que al desarrollar el cargo 1º hace por aplicación indebida del artículo 3º de la Ley 10 de 1972, y no por interpretación equivocada de esa norma, como lo había planteado inicialmente. Toda la acusación versa sobre la inaplicabilidad de dicha norma al caso controvertido, es decir, sobre el problema si esa norma regulaba o no las pensiones de jubilación en vigor a la expedición de la Ley, o solamente las que surgieran con posterioridad a su expedición. La Corte Suprema de Justicia ha dilucidado ampliamente este punto y clarificado con precisión cómo la censura por interpretación errónea no puede referirse a la existencia, vigencia o aplicación de la norma sino a error acerca de su contenido. En el presente caso, el recurrente en manera alguna ataca el contenido que el fallador le dio al artículo 3º de la Ley 10 de 1972, ni menos aún hace, como debía hacerlo, una confrontación entre el recto contenido de esa norma y el equivocado que en su concepto le dio el fallador, sino que enfoca su ataque a sostener que dicha norma no era aplicable al presente caso. Por otra parte, cuando el recurrente ensaya la demostración de la interpretación errónea del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, también se equivoca gravemente, en cuanto al decir que las leyes laborales tienen efecto inmediato sobre los contratos de trabajo y las situaciones en curso (fl. 17), coincide otra vez con el Tribunal que dice: 'se aplican a situaciones vigentes o en curso, es decir, que tienen efecto retrospectivo más no retroactivo' (fl. 108). El Tribunal y el recurrente coinciden por consiguiente en que las leyes laborales no se aplican a situacio-

nes definidas o consumadas. El problema consiste en que, para el recurrente, la condición de un pensionado con pensión vitalicia de jubilación, constituye una **situación definida o consumada y no en curso,** como lo ha considerado siempre el Derecho del Trabajo. Por esto, la formulación del cargo no sólo resulta inconsistente sino improcedente, en cuanto tampoco se trata de equivocación del fallador sobre el contenido del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto a la improcedencia del cargo debo anotar finalmente que el recurrente no atacó el artículo 13 de la Ley 10 de 1972, ni el Decreto 2680 de 1973, sobre el cual dijo el Tribunal: 'Sin embargo, al expedirse el Decreto 2680 de 1973, que aumentó el salario mínimo legal a $ 30.00 diarios, automáticamente se cambió el tope máximo de las pensiones, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3º de la Ley 10 de 1972' (fl. 107). Al incurrir el recurrente en esta omisión, la proposición jurídica quedó incompleta.

Falta de fundamentación

El recurrente como se ha visto no demostró que el fallador se hubiese equivocado en el entendimiento de ninguna de las normas que cita (Arts., 1º, 2º, 3º, 5º y 7º Decreto 435 de 1971, Art., 3º de la Ley 10 de 1972 y único del Decreto 376 de 1976), pero es que ni siquiera intentó precisar el contenido recto que la jurisprudencia le ha dado a dichas normas. Si así lo hubiera hecho, habría quedado en evidencia que es el mismo que le dio el Tribunal. Obsérvese cómo el Tribunal no hizo, sino aplicar el inciso segundo del artículo 3º de la Ley 10 de 1972, en su sentido literal: "Con todo, la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquellos que estén en vigor .... E invocó y aplicó también el Tribunal la exposición de motivos de la Ley 10 de 1972, para evindenciar a más de la letra de la ley, el espíritu del legislador cuando al respecto dijo: 'Y para evitar interpretaciones acomodaticias, se consagra expresamente el principio de la aplicación retrospectiva de la ley cuando el tope máximo de las pensiones sea modificado'. (Anales del Congreso, Nº 64 del 28 de septiembre de 1972). Folio 109".

Se considera

De la simple lectura del capítulo IV la demanda de casación antes transcrita, aparece que el recurrente manifestó en forma correcta el alcance de la impugnación, al indicar el fin que persigue, el objeto que se propone el recurso, pidiendo expresamente la casación total de la sentencia recurrida y que la Corte en sede de instancia confirma la del Juzgado, sin que por lo tanto se presente la ausencia de tal requisito en el recurso y tampoco sea confuso como lo expresa el opositor.

El hecho de que el recurrente hubiera citado como fallador de primera instancia el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, cuando en realidad lo fue el Primero de dicho Circuito, por impedimento de aquél, no alcanza a constituir defecto de técnica que pretende el opositor, si se tiene en cuenta que el casacionista señaló correctamente la fecha de la sentencia de primera instancia y se refirió concretamente a su contenido.

El recurrente funda su recurso e interpretación errónea que estima incurrió el ad quem respecto de los artículos 1º, 2º, 3º, 5º y 7º del Decreto 435 de 1971, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 3º de la Ley 10 de 1972 y único del Decreto Reglamentario Nº 376 de 1974.

La afirmación del opositor de que el recurrente ha debido formular el cargo por aplicación indebida no la comparte la Sala, pues el Tribunal Superior si hizo una interpretación de las normas que el recurrente señala como violadas.

Para el impugnador el equivocado entendimiento del Tribunal Superior consistió en considerar que a partir de la vigencia de la Ley 10 de 1972 se modificó lo relativo a los topes y consiguientes reajustes o reliquidaciones de pensiones, ya que en virtud de lo dispuesto en su artículo 3º cesó la prohibición de cambiar el límite o tope pensional que las normas que antecedían no lo permitían.

El texto del mencionado artículo 3º es el siguiente:

"La nueva pensión reajustada conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, no podrá exceder el monto de la pensión máxima fijada por la ley en ese momento. Con todo, la elevación del tope máximo de las pensiones afectará a aquéllas que estén en vigor, de tal manera que siempre exista la posibilidad de aumento hasta el máximo legal, dentro del porcentaje ordinario que corresponda a la respectiva pensión".

La Sala Laboral de la Corte en sentencias proferidas antes de la vigencia de la Ley 10 de 1972, y en procesos instaurados con anterioridad a ésta, consideró que de conformidad con el Decreto 435 de 1971, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 577 de 1973 y general preceptos legales sobre pensiones, en relación al tema en estudio, los reajustes o nuevas reliquidaciones tenían efecto, para aquellas pensiones ya reconocidas al entrar a regir las normass respectivas, en tanto que los nuevos topes o limitaciones surtían efectos para las que se causaran en el futuro. Al respecto existen entre otras las sentencias proferidas por esta Sala de la Corte en septiembre 7 y 12 de 1972 y agosto de 1975. A partir del 1º de enero de 1973 en que comenzó la vigencia de la Ley 10 de 1972, ésta en su artículo 3º párrafo primero estatuyó que las nuevas pensiones reajustadas de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos anteriores no podían exceder el límite o tope máximo determinado en ese momento por la ley, pero en su siguiente párrafo modificó el sistema imperante hasta entonces, al establecer que el tope máximo "afectaría", palabra ésta empleada en el sentido de comprender o incluir, las pensiones ya reconocidas, expresando claramente "que siempre exista la posibilidad de aumento hasta el máximo legal, dentro del porcentaje que le corresponda a la nueva pensión".

Por lo anterior el reajuste a $ 19.800.00 mensuales de la pensión del actor, a partir del 1º de enero de 1974 efectuado en razón de la fijación por el Decreto 2680 de 1973 del Salario Mínimo en $ 30.00 diarios desde dicha fecha y de conformidad con el tope de 22 salarios señalado por el Dcto. 435 de 1971 y por aplicación del artículo 3º de la Ley 10 tantas veces citada, decretado por el ad quem, indica a juicio de esta Sala que éste interpretó correctamente las normas que el impugnador afirma que lo fueron equivocadamente, sin que al proceder a reconocer tal ajuste le hubiera dado efecto retroactivo sino retrospectivo, por cuanto los efectos lo son a partir de la vigencia de la norma legal, sin llegar a modificar o alterar lo ya pagado por mesadas pensionales, lo cual si sería aplicación retroactiva de la disposición, sino que lo es para adelante o sea a partir de la fecha en que comience a regir, es decir, para situaciones en curso, tal como lo preceptúa el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, y conforme reiterada Jurisprudencia que al respecto ha mantenido la Corte en su Sala Laboral.

En consecuencia el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida el veintinueve (29) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIBRE ESTIPULACION DEL SALARIO ENTRE LAS PARTES (ART. 132 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO)

Los artículos 133 y 134 del Código Sustantivo del Trabajo dan normas en cuanto a los salarios pagaderos por unidad de tiempo

MODALIDADES DEL SALARIO "SALARIOS CAIDOS". (INDEMNIZACION MORATORIA)

Buena fe patronal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre diez de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 6165).

(Acta Nº 46).

Por sentencia del 11 de mayo de 1977 el **Tribunal Superior de Bogotá**, decidió en el segundo grado el juicio que propuso el señor **Alberto Rodríguez Camacho** contra la sociedad "**Parque Cementerio de la Inmaculada Ltda.**". Modificó así la decisión del **Juez 5º Laboral** de esta ciudad para fijar en $ 594.80 el monto del reajuste de cesantía y prima de servicios pagadero por la empresa y dispuso que la condena por indemnización moratoria comenzara a operar desde el 8 de junio de 1973 y no desde fecha anterior y, en lo demás, confirmó lo resuelto por el Juzgado.

Inconforme con esta providencia, la empresa interpuso casación para impetrar que se deje sin efecto en cuanto confirma con ligeras variaciones las condenas dispuestas por el Juez, que se revoquen luego tales condenas y que, finalmente, se la absuelva de las respectivas peticiones del libelo o, en subsidio, de la referente a indemnización moratoria. Propone para ello dos cargos en su demanda de casación (fls. 7 a 13 de este cuaderno), los cuales merecieron réplica de la contra parte (fls. 21 a 26 **ibídem**).

Conviene examinar ahora dichos cargos:

Cargo primero

Su texto es: "La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 65, 132, 145, 172, 173, 176, 177, 249, 253 (sustituido por el 17 del Decreto 2351 de 1965) y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. La violación se produjo a consecuencia de errores evidentes de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que en el desarrollo de este cargo se singularizarán.

"Los errores evidentes de hecho consisten:

"1º) En no dar por demostrado, siendo ello una evidencia, que desde la iniciación del contrato y hasta su terminación, el trabajador demandante y la empresa convinieron libremente un salario que fue siempre superior al mínimo legal, estipulado en forma expresa que en el valor de las comisiones quedaban incluidos los descansos de domingos y festivos.

"2º) En considerar erróneamente que la empresa no pagó los descansos de domin-

gos y días festivos, porque al pagar mensualmente las comisiones, no liquidó semana por semana, en forma especificada el valor de tales descansos y el resto de comisión o salario.

"3º) En dar por establecido que la sociedad Parque Cementerio de la Inmaculada Ltda., no pagó al demandante ninguna suma por valor de descanso en días domingos y festivos, cuando es evidente que su valor se canceló incluido en el de las comisiones que mensualmente recibía.

"4º) En dar por establecido que dicha empresa adeuda reajuste de prestaciones sociales (cesantía y primas de servicio) al trabajador demandante, cuando es lo cierto que nada debe al respecto porque habiendo liquidado y pagado las prestaciones con base en las comisiones devengadas y estando en éstas incluido el valor de los descansos, nada le queda por pagar.

"5º) En dar por establecido que dicha empresa se halla en mora o renuencia injustificada de pagar el valor de descansos dominicales y de días festivos —y también reajuste de prestaciones—, cuando es evidente que no los debe y tiene que considerársela de la mayor buena fe en su conducta patronal, como que se limitó a cumplir la estipulación contractual sobre salario, convenida libremente y con respecto del salario mínimo legal.

"Las pruebas equivocadamente apreciadas son las siguientes: a) El documento contentivo de las cláusulas adicionales del contrato de trabajo (fl. 30); d) El escrito de contestación de la demanda en la respuesta al hecho 5º (fl. 10); c) La documental contentiva de la liquidación de contrato de trabajo, suscrita por el demandante cuando recibió el valor de sus prestaciones sociales; y, d) El dictamen pericial, como probanza secundaria para los efectos de casación laboral. Y la que se dejó de apreciar es el contrato de trabajo en lo atinente al período de pago del salario (fl. 29).

"En la cláusula primera del primero de esos documentos se estipuló libremente —no se ha demostrado lo contrario— que el salario se pagaría, como en realidad se pagó, bajo la modalidad de comisión porcentual en la cual quedaba incluido el valor de los descansos legales, vale decir, de los correspondientes a días domingos y festivos. (fl. 30). El juzgador apreció equivocadamente la probanza porque estima o reputa tal estipulación como ilegal, cuando sin esfuerzo alguno se evidencia que es una simple aplicación del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la libertad de estipulación del salario siempre que se respete el mínimo legal o convencional. Y no deja de tener validez ese convenio por la sola circunstancia de que al pagar la comisión no se especifique qué valor corresponde a remuneración de descansos y qué a retribuciones de trabajo. Ni la ley lo exige, como en el caso de los viáticos en que debe precisarse qué suma está destinada a alimentación y alojamiento y cuál a gastos de representación, so pena de que aún estos se estimen como salario. Y menos obliga al patrono efectuar aquella especificación cuando se conviene que la comisión se liquide y pague, —como se liquidó y pagó al demandante mientras duró el contrato sin ninguna observación suya— por mensualidades o períodos mensuales.

"El Tribunal también erró al concluir que la demandada liquidó el valor de las prestaciones del demandante con base en un salario mensual, 'pero como se infiere del hecho 5º de la contestación de la demanda (folio 10) —son sus propias palabras— sin tener en cuenta el valor correspondiente a los descansos en dominicales y festivos' (fl. 76). Esta apreciación es errónea. Basta leer la respuesta al hecho 5º de la demanda para evidenciar que precisamente se dice todo lo contrario de lo que concluye el juzgador: que sí se tuvo en cuenta el valor de los descansos. En efecto, se expresó en dicha respuesta: 'Al establecer el monto del salario por comisiones, las partes tuvieron en cuenta y así lo expresaron el contrato, que los diferentes porcentajes por comisiones incluian dos conceptos: la remuneración por el trabajo y la correspondiente al descanso en los días domingos y festivos' (fl. 10).

"El juzgador de segunda instancia apreció equivocadamente la llamada 'Liquidación de Contrato de Trabajo' (fl. 34), porque de este documento que suscribió sin observación alguna el demandante, no puede colegirse que la sociedad recurrente no hubiese pagado al demandante el valor

de los descansos correspondientes a días domingos y festivos, sino todo lo contrario: 'Que el patrono no le queda a deber al trabajador absolutamente nada por concepto de salarios, horas extras, recargos por trabajo nocturno, descansos remunerados, cesantía, etc....'. Esta constancia que suscribió el demandante sin el más mínimo reparo, más de ocho meses antes de presentar demanda judicial, —como tampoco hubo reparo alguno durante la ejecución del contrato— simplemente corrobora la verdad del convenio sobre el salario que libremente acordaron las partes y en el cual se pactó que en el valor de las comisiones se incluia el de los descansos correspondientes a días domingos y festivos.

"Debe agregarse que el Tribunal no apreció el contrato escrito de trabajo en lo concerniente a la periodicidad de los pagos del salario (fl. 29). Omitió apreciar que las partes convinieron que el pago de las comisiones se efectuaría mensualmente, mes por mes, por período mensual, lo cual excluye los pagos semanales y corrobora el convenio de que el valor de los descansos quedaba incluido en el valor de las comisiones, pacto perfectamente válido conforme a los artículos 132 y 145 del Código Sustantivo del Trabajo, que recoge importante principio de derecho laboral, superior en categoría normativa al de simple procedimiento cuando el salario es variable y que en nada a este se opone.

"Como prueba secundaria en casación, se apreció también equivocadamente el dictamen pericial (fls. 39 a 43) al considerar que establece el valor de los descansos en domingos y festivos, sin pararmientes (sic) en el convenio de que ese valor quedó incluido en el pago de comisiones.

"Estos defectos ostensibles de apreciación probatoria indujeron al Tribunal a cometer los errores evidentes de hecho que se dejan anotados. Consideró erróneamente que la empresa no pagó los descansos de domingos y días festivos, porque al pagar mensualmente las comisiones, no liquidó semana por semana, en forma especificada el valor de tales descansos y el del resto de comisión o salario, y, en cambio, no dio por demostrado, siendo ello una evidencia, que desde la iniciación del contrato y hasta su terminación, el trabajador demandante y la empresa convinieron libremente un salario que fue siempre superior al mínimo legal, estipulado en forma expresa que en el valor de las comisiones quedaban incluidos los descansos de domingos y festivos, y que su valor se canceló incluido en el de las comisiones que mensualmente recibía. Se dio por establecido que la demandada recurrente adeuda reajuste de prestaciones sociales al trabajador, cuando es lo cierto que nada debe al respecto porque habiendo liquidado y pagado las prestaciones con base en las comisiones devengadas y estando en éstas incluido el valor de los descansos, nada le queda por pagar.

"Finalmente, el más ostensible e injusto error de hecho radica en concluir que la empresa obró de mala fe al limitarse a cumplir una cláusula contractual libremente concertada y no discutida durante toda la ejecución del contrato; obró de mala fe al respetar un convenio libre sobre salario, que patrocina y consagra el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo; obró de mala fe al someterse a la vigencia de una libertad laboral que la ley consagra; obró de mala fe al creer que el trabajador actuaba de buena fe cuando al recibir su liquidación final de comisiones y prestaciones sociales no formuló ningún reparo y por el contrario suscribió la constancia de que nada le debía el patrono por 'descansos remunerados'. Nótase que la demandada no se limitó simplemente a negar la existencia de la obligación, sino que adujo razones atendibles con respaldo probatorio en los autos, que justifican su creencia de no deber y, aún en el caso hipotético de que no se revocaran las condenas por valor de descansos y reajuste de prestaciones, sí la exonerarían de la indemnización por mora.

"A consecuencia de estos errores de hecho, se transgredieron las normas constitutivas de la proposición jurídica de derecho sustancial: los artículos 132 y 145 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran la libertad de estipulación del salario siempre que se respete el mínimo legal, y la definición de este; los artículos 172, 173, 176 y 177 **ibídem** que consagran el derecho al descanso remunerado en días domingos y festivos, y su forma o modo de

liquidar la remuneración; y los artículos 249, 253, 306 y 65 del mismo Estatuto sustancial, que consagran el derecho a la cesantía, a la prima de servicios y a la indemnización moratoria".

Se considera

El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo les permite al patrono y al trabajador convenir libremente el monto del salario, siempre que se respete el mínimo legal, y su forma o modalidad de pago, sea por unidad de tiempo o de obra, por tarea o por sistema semejantes. Y los artículos 133 y 134 del Código dan normas en cuanto a los salarios pagaderos por unidad de tiempo, que constituyen la forma más usual de estipularlo.

Si el salario se pacta por unidad de obra cumplida, como es el caso de aquellos a quienes se remunera por ventas realizadas mediante un porcentaje sobre el valor de ellas, es impropio calificar a ese salario como sueldo o como jornal, según sea una u otra la época en que se liquide y satisfaga al trabajador el monto de su remuneración, pues ella no depende del número de horas en que la capacidad laboral del operario haya estado a disposición del patrono y sea cual fuere el resultado efectivo de la jornada, lo que es característico del salario por unidad de tiempo, sino del resultado obtenido por quien sirve a destajo, sea que lo consiga en lapso breve o extenso, porque esta circunstancia no le interesa al empleador.

No rige entonces para los salarios convenidos por unidad o sistema distintos al tiempo el principio de que en todo sueldo se entiende comprendido el valor de los descansos dominicales y festivos que establece el artículo 174 del Código, sino que la remuneración de tales descansos debe serle satisfecha de manera expresa y específica por el patrono al trabajador que devengue salario calculable por unidad diferente al tiempo.

No es valedero así que se estipule que dentro del monto del salario determinable por unidad de obra o por tarea, Vgr., que de comprendido el valor de la remuneración correspondiente a los días de descanso legalmente obligatorio que se presenten dentro del lapso convenido para la liquidación y el pago de la retribución al trabajador, porque es sabido, y así resulta de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo, que el salario por sí solo apenas alcanza a remunerar el servicio prestado, como es propio de los contratos conmutativos, y cualquier pago adicional impuesto por la ley, como es el de los días de descanso, debe hacerse por separado, salvo que la misma ley lo dispense, como en la hipótesis de los sueldos con relación a los descansos.

Al examinar a la luz de las reflexiones anteriores, las pruebas que el cargo invoca como fuente de los yerros de hecho que le atribuye al sentenciador ad quem, no aparece en parte alguna que el Parque Cementerio y su vendedor remunerado a destajo, señor Rodríguez Camacho, hubiesen estipulado de manera expresa y específica que alguna parte de las comisiones devengadas por éste correspondiera al pago de los descansos obligatorios retribuibles por el Parque Cementerio, sino que se dijo simplemente que en los porcentajes sobre las ventas efectuadas a que tenía derecho Rodríguez "se incluye el valor de los descansos legales" (fl. 30 Cdno. 1º), expresión que carece de mérito para demostrar el pago efectivo de la remuneración correspondiente a los descansos obligatorios, o tan siquiera, para acreditar la existencia de un convenio entre la empresa y su trabajador sobre la forma como debían retribuirse aquellos descansos.

Y si esto acontece con el mencionado documento que obra al fl. 30 del primer Cdno. y contiene las adiciones al contrato de trabajo que vinculó a las partes, menos aún surge la evidencia del pago de los descansos obligatorios de la contestación de la demanda (fl. 10 ibídem), que es simple declaración de parte interesada o del recibo que aparece suscrito por el demandante al fenecer el contrato (fl. 34 ibídem) y que sólo tiene validez en cuanto las liquidaciones en él hechas se acomoden a los dictados legales.

No brota pues de las pruebas calificadas que el cargo invoca los errores de hecho que el recurrente le atribuye al sentenciador ad quem, circunstancia que impide examinar el peritaje, invocado también como fuente de los errores, porque es prueba que no tiene tal calidad.

Se desvanece, por lo tanto, la fuerza de la acusación que fue examinada y, de consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

Dice lo siguiente: "La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por equivocada apreciación del documento contentivo de las cláusulas adicionales al contrato de trabajo (fl. 30) y del que contiene la liquidación del contrato o liquidación final de prestaciones (fl. 34), como también del contrato escrito de trabajo (fl. 29).

"El error evidente de hecho consiste en dar por demostrado, siendo todo lo contrario, que la sociedad demandada recurrente obró de mala fe al negar la existencia del derecho al valor de descansos correspondientes a días domingos y festivos, y consecuencialmente al reajuste de prestaciones; y además, que la empresa se encuentra en mora injustificada de pagar esos valores.

"Las probanzas señaladas como erróneamente apreciadas son todas aptas para fundar el error de hecho en la casación laboral al tenor del artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Y se apreciaron erróneamente porque de ellas no se puede inferir mala fe patronal, ni renuencia injustificada en pagar valores que razonablemente se consideraba no deber, ni tenían certidumbre jurídica, que sólo podría adquirirla con los fallos, si no prospera la acusación o cargo anterior.

"Basta la lectura de la cláusula primera de las adicionales al contrato (fl. 30) para evidenciar frente a lo que dispone el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, que el trabajador y la empresa efectuaron un convenio sobre salario, libremente, que respeta el salario mínimo legal, con la modalidad de prohibida por la ley laboral, de que en el valor de las comisiones se consideraba incluido el de los descansos en días domingos y festivos. (La prueba pericial al relacionar lo pagado por comisiones al demandante y lo que le correspondería por descansos (fl. 41), evidencia que se respetó ese mínimo salarial, pese a que el devengado no se determinaba por tiempo trabajado sino por resultado o lote vendido).

"Contrariamente a lo que estima el Tribunal, ese convenio no es ilícito sino fundado en norma consagratoria de una libertad contractual bilateral. Y no peca de ilicitud por no ajustarse a disposición que señala el modo de liquidar los descansos cuando el salario es variable, precisamente porque en aplicando (sic) otra norma de mayor jerarquía, como que sí es de derecho sustancial, los contratantes convienen libremente en el pago de unas comisiones que incluyen los descansos, sin tener que especificar qué valor corresponde a retribución de estos y cuál a remuneración de trabajo. No parece que actúa de mala fe la parte que simplemente se limita a respetar una estipulación contractual basada en autonomía bilateral que consagra norma laboral.

"Pero es más: aunque ineficaz fuese dicha cláusula adicional, no por ello puede tildarse de mala fe a la empresa, como debe aceptarse también que no actuó de mala fe el demandante al suscribirla. La empresa creyó de buena fe y sigue creyendo que dicha cláusula es válida, máxima (sic) cuando se cumplió durante la ejecución del contrato sin el más mínimo reparo por parte del trabajador y antes con la constancia a la terminación del vínculo, de que nada debía por concepto de descansos remunerados (fl. 34). Esa constancia la firmó el trabajador en el documento de liquidación de prestaciones sociales, documento que se aprecia erróneamente al colegir de él mala fe patronal y mora injustificada en el pago de acreencias laborales. Contrariamente, demuestra que tan se cumplió la cláusula adicional sobre comisiones que comprendían también el pago de descansos en días domingos y festivos, que a la terminación del contrato se declara sin reserva alguna, que nada se debe por valor de descansos.

"También se apreció erróneamente el contrato de trabajo (fl. 29) porque sólo lo examina para inferir la ineficacia de una cláusula contractual sobre plazo para pago de prestaciones, pero omite aludir siquiera el acuerdo sobre período de pago de las comisiones, que fue mensual, y por tal ca-

rácter excluía la liquidación semanal y participaba de la índole de sueldo en el cual por ley se entiende incluido el valor de los descansos.

"En resumen, la empresa no ha pretendido negar por negar los derechos que reclama el trabajador demandante. Estima que los satisfizo al respetar y cumplir una cláusula contractual libremente pactada, que sigue considerando se basa en la ley, y que sólo ahora el Tribunal viene a reputar de ineficaz. Esa creencia de no deber es apenas razonable, máxime cuando no hubo el más mínimo reclamo al respecto ni durante la ejecución del contrato, ni al menos al tiempo de su terminación. No hay mala fe patronal, ni mora injustificada en el pago de acreencias laborales. Según lo demuestra el finiquito de folio 34, la empresa pagó lo que creía deber y así lo aceptó el trabajador sin reparo alguno. El error de hecho que se deja demostrado es evidente. No se debe sancionar a la sociedad recurrente con el pago de la indemnización moratoria".

Por su parte, el Tribunal ad quem discurrió así sobre el tema planteado en este cargo:

"SALARIOS CAIDOS" (INDEMNIZACION MORATORIA).

"Al examinar los pedimentos anteriores ha quedado establecido que el patrono no pagó al trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo la totalidad de los salarios y prestaciones debidos, específicamente el valor de los descansos obligatorios, la cesantía y la prima de servicios. A pesar de que la parte demandada apoya su actitud en la circunstancia de que obró de buena fe. pues lo hizo así con fundamento en la cláusula PRIMERA que aparece en la adicionales (sic) al contrato inicial, en la cual se estipula que en las comisiones se incluye el valor de los descansos legales, (folio 30), la Sala estima que hay lugar a dar aplicación a la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que la referida cláusula es ilícita en los términos de los artículos 176 y 177 de la misma obra en armonía con el 43 ibídem, y la ilicitud no puede servir de fundamento a la buena fe. De otra parte, es bien sabido que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para el incumplimiento de las mismas. El hecho de que se desconozca la jurisprudencia por ser reciente no altera la situación, pues ella no tiene otra finalidad que fijar el alcance de la norma, mas si esto no ha ocurrido el precepto legal no puede dejar de observarse.

"Ahora bien, en el contrato celebrado entre las partes que aparece a folio 29 mediante la cláusula Octava se convino un plazo no superior a 15 días como razonable para efectos del pago de los salarios y prestaciones debidos en consideración a que la liquidación de las comisiones requiere varios días plazo contado a partir de la fecha de terminación del contrato, sin que por él se incurriera en mora. Este Tribunal ha sentado el criterio de que los plazos razonables para tal efecto se determinan de conformidad con las circunstancias fácticas acreditadas en el proceso, mas no pueden pactarse por ser contrarios a la finalidad del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 13 y 43 ibídem. La empresa hizo la liquidación de las prestaciones sociales y de las comisiones pendientes el día 7 de junio de 1973 y verificó su pago el día 8 de los mismos mes y año (folio, 34) y el contrato de trabajo terminó el día 16 de mayo del referido año. Aunque la cláusula aludida es ineficaz, la Sala estima que la mora en la liquidación de los salarios y prestaciones estuvo dentro de los límites de lo razonable, dado el hecho de que el salario se pactó bajo la modalidad de comisiones porcentuales, pero el día 8 de junio de 1973 cuando la empresa efectuó el pago mencionado ha debido pagar la totalidad de las acreencias laborales en antes (sic) indicadas. Como no lo hizo, a partir de esta fecha, inclusive, será condenada a pagar al actor la suma de $ 41.81 diarios y hasta cuando efectúe el pago de las sumas deducidas en esta providencia por concepto de dominicales y festivos, cesantía y prima de servicio, a título de indemnización moratoria". (Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

Al examinar el contrato de trabajo (fls. 29 y 29 v. Cdno. 1º) y su adición (fls. 30

a 33 ibídem), se encuentra que en uno y otro documento figura la firma del empleado, sin que respecto de ninguno de ellos se haya discutido en el juicio que el consentimiento del trabajador hubiese adolecido de error, fuerza o dolo que pudieran viciarlo. Además, durante la vigencia de ese contrato ambas partes compartieron el convencimiento de que la forma de remuneración de los descansos pactada en él se ajustaba a derecho, ya que no consta que el señor Rodríguez hubiera reclamado al respecto mientras rigió el vínculo laboral, circunstancia que induce a entender que él se ejecutó de buena fe.

Asimismo, en el documento del folio 34, que también cita el cargo como erróneamente apreciado y que contiene la liquidación de salarios y prestaciones sociales hecha por la empresa al demandante al fenecer aquel contrato, se lee la firma del señor Rodríguez Camacho, sin que aparezca ningún reparo, reserva u observación formulados por dicho señor al declarar recibido por él monto de aquella cuenta.

Era razonable entonces que, dentro de los principios que tutelan y gobiernan la seguridad en los negocios jurídicos, que se fundan en la suposición de que las personas obran consciente y seriamente al adquirir o transmitir derechos o al contraer obligaciones o declararlas extinguidas, el Parque Cementerio pudiera atenerse, dentro de los dictados de la buena fe, al contenido de tales documentos y a la manifestación simple del antiguo empleado de declararse satisfecho con el pago de sus créditos laborales verificado por quien fue su patrono, pues ello corrobora lo acontecido durante la vigencia del contrato en que no hubo reclamos al respecto, según quedó visto.

Y si posteriormente el señor Rodríguez Camacho se retractó de ese finiquito genérico que le había otorgado a la empresa al iniciar este proceso y ello era procedente porque vino a triunfar en parte de sus pretensiones por los motivos que se expusieron al estudiar el primer cargo, esto no es suficiente para desvirtuar la buena fe manifestada por la empresa cuando, al término del contrato de trabajo, buscó ponerse a paz y salvo con su antiguo servidor.

Se descubre así con absoluta facilidad, y por el simple examen de los documentos que cita el cargo, el yerro de hecho que en él se le atribuye al sentenciador y el quebranto consecuencial del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que deriva de allí.

Ha de casarse entonces el fallo acusado en cuanto mantuvo la condena al pago de indemnización moratoria dispuesta por el Juez a quo.

Y para proveer en instancia, bastan las reflexiones hechas en el estudio del cargo y, además, la que tuvo en cuenta el Tribunal para justificar la demora en el pago de salarios y prestaciones sociales al trabajador hasta el 8 de junio de 1973, ya transcrita, para revocar el ordinal c) del numeral Primero del fallo de primer grado y, en su lugar, absolver al Parque Cementerio de la Inmaculada de la súplica sobre indemnización moratoria.

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 PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto mantuvo la condena hecha en la primera instancia contra el "Parque Cementerio de la Inmaculada Ltda". al pago de indemnización moratoria al señor Alberto Rodríguez Camacho, revoca luego el ordinal c) del numeral Primero del fallo de la primera instancia y, en su lugar, absuelve a la sociedad demandada del pago de dicha indemnización moratoria.

NO CASA en lo demás la sentencia mencionada.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION A QUE TIENEN DERECHO LOS EMPLEADOS PUBLICOS Y LOS TRABAJADORES OFICIALES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado sustanciador: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Radicación Nº 6178).

(Acta Nº 44).

Miguel Angel Mora Espitia, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 3'264.085 expedida en Zipaquirá, demandó por medio de apoderado, a **Compañía Colombiana de Alcalis, Planta Colombiana de Soda Limitada y Alcalis de Colombia Alco Limitada**, para que fueran condenadas a pagarle reajuste de pensión de jubilación, reajuste de cesantía e indemnización por falta de pago.

Los hechos narrados en la demanda son:

"1º Don Miguel Angel Mora prestó servicios a la parte demandada desde el 4 de febrero de 1946 hasta el 30 de abril de 1974, de manera ininterrumpida, o sea durante un total de 26 años 1 mes y 27 días, o lo que es lo mismo durante 9.447 días.

"2º La sociedad COMPAÑIA COLOMBIANA DE ALCALIS —Planta Colombiana de Soda Ltda— que es una empresa industrial y comercial del Estado del órden nacional, funciona actualmente bajo la denominación ALCALIS DE COLOMBIA 'ALCO LTDA', existiendo solidaridad entre ellas para los efectos laborales.

"3º La pensión de jubilación le fue reconocida a mi mandante a partir del primero (1º) de mayo de 1974 por un valor de $ 7.490.16 mensuales, pero sin tener en cuenta que durante el último año de servicios (mayo 1º de 1973 a abril 30 de 1974), mi poderdante recibió, además de las sumas anotadas a fl. 3 de la Resolución 093 sobre reconocimiento de la pensión, las siguientes sumas de dinero que no fueron computadas para la liquidación de la pensión, debiendo serlo;

"El 30 de mayo de 1973 recibió por concepto de auxilio de vacaciones.	$ 8.799.99
"El 30 de noviembre de 1973 recibió por concepto de auxilio de vacaciones.	10.416.66
"El 14 de mayo de 1974 recibió por prima proporcional de enero 1974 hasta el retiro.	3.369.66
"El 14 de mayo de 1974 recibió por prima extralegal proporcional de enero 1974 hasta la fecha del retiro.	4.166.66
Total.	$ 26.752.97

"4º Si la Empresa le hubiera computado esas sumas de dinero percibidas por mi mandante durante el último año de servicios el sueldo promedio mensual le habría aumentado en $ 2.229.41, o sea que el valor de la pensión de jubilación que le fue liquidado únicamente en $ 7.490.16, se le habría incrementado en $ 1.672.06. Mi mandante tiene derecho a que se le reconozca éste saldo insoluto desde el primero (1º) de mayo de 1974.

"5º En la Resolución 093 la empresa cita el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 según el cual el valor de la pensión de jubilación será equivalente al 75% del promedio 'de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios'; pero sinembargo, no lo aplica siendo el caso de haberlo.

6º Las primas de toda especie 'percibidas' durante el último año de servicios son factores que deben tenerse en cuenta para

la liquidación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales del órden nacional, porque así lo dice el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969. Además, cuando el empleado público o trabajador oficial queda retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, debe tenerse como salario base de la compensación 'el último sueldo devengado', porque así lo dispone el inciso final del artículo 10 del Decreto Ley 3135 de 1968. De donde se infiere que también deben tenerse en cuenta las primas o auxilios de vacaciones causadas con anterioridad al retiro —así se trate de varias anualidades de vacaciones, porque tales primas o auxilios son factores salariales y hacen parte de la remuneración debida durante los descansos vacacionales pendientes o no concebidos en su oportunidad legal.

"7º El trabajador oficial no tiene la culpa de que el empleador no lo haya mandado oportunamente a disfrutar de las vacaciones del año inmediatamente anterior.

"8º En la Resolución 0096 la empresa niega el reajuste con el argumento de que las primas que deben tenerse en cuenta son las causadas en el último año, pero está equivocada, porque la prima de antigüedad no se refiere a servicios del último año y sin embargo la empresa la computa para liquidar la pensión de jubilación —y ello es lo legal—, como puede verse a página 3 de la Resolución 093 dictada por la Empresa.

"9º El auxilio de cesantía le fue liquidado a mi mandante sobre la base de un sueldo promedio en el último año de servicios por valor de $ 9.986.88 mensuales. Pero la empresa tampoco tuvo en cuenta en este caso los $ 26.752.97 recibidos por el extrabajador. En consecuencia, la cesantía no fue totalmente pagada.

"10. El saldo insoluto de cesantía es de $ 26.752.97 dividido por 12, que da un salario mensual adicional de $ 2.229.41. Así, durante el 'primer período' de la liquidación hecha por la empresa a mi mandante le correspondía una cesantía, insoluta, por valor de:

"$ 2.229.41 × 4.080.00 = $ 25.284.42

"11. Mi mandante tiene derecho a tal reajuste de la cesantía, en su carácter de extrabajador oficial de la demandada.

"12. Por no haber pagado debidamente ni la jubilación ni la cesantía de mi mandante la parte demandada ha quedado incursa en la sanción moratoria de que trata el Decreto 797 de 1949".

El apoderado de las entidades demandadas se opuso a todas las peticiones del actor, propuso excepciones de carencia de acción cobro de lo no debido, pago, prescripción, ausencia de causa en el demandante y las demás que resulten probadas en el juicio, y contestó los hechos así:

"1. Es cierto.

"2. No es cierto,, Alcalis de Colombia, 'ALCO LTDA', es una sociedad de Economía Mixta, y su anterior razón social era la de Compañía Colombiana de Alcalis Planta Colombiana de Soda Limitada. No se trata por tanto de una solidaridad, pues es la misma persona jurídica.

"3. Es cierto que la pensión de jubilación le fue reconocida al demandante a partir del primero de mayo de 1974 por un valor de $ 17.490.16 mensuales. Las sumas que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión fueron las devengadas por el trabajador en el último año de servicios.

"4. Es cierto que si la Empresa hubiera computado las sumas de dinero señaladas en la demanda, el sueldo promedio mensual se hubiese incrementado. No obstante, esas sumas no se contabilizaron por cuanto no fueron devengadas en el último año de servicios.

"5. En la Resolución 093 se citó el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, y se aplicó debidamente.

"6. Tal como se dijo en el punto 8º de la Resolución Nº 0096 de junio 25 de 1964, percibir no puede entenderse como recibir, sin atención a la época en que se causó lo pagado. Los dineros que se deben al trabajador por causa anterior al último año de servicio, así le sean pagados dentro de éste, no obedecen al trabajo realizado en tal período y por tanto, no son salarios ni primas computables para determinar el promedio real.

"7. Los trabajadores de la Empresa, tal como se dijo en el punto 9º de la Resolu-

ción Nº 0096, tienen derecho al pago de las primas legales y convencionales, pero este derecho está en relación directa con el tiempo servido por el trabajador. De tal suerte, lo importante para efecto de determinar el promedio mensual, no es la fecha de pago de tales primas, sino el tiempo de servicio que reconocen y del cual derivan su existencia.

"8. En efecto, el argumento de la Empresa es que las primas que deben tenerse en cuenta son las causadas en el último año, por razón de los servicios prestados en este período. La prima de antiguedad fue computada, en virtud de una norma convencional, que otorga a los trabajadores pensionados despues de quince o más años de servicios a la Empresa, el derecho a que se compute para efectos del cálculo de su pensión, la última prima de antiguedad que haya devengado, sin importar el momento de su pago.

"9. El auxilio de cesantía fue liquidado en la forma señalada en la ley, debe anotarse que el demandante tenía salario fijo, y que el mismo sólo podía incrementarse con las primas extralegales correspondientes al último año de servicios.

"10. No hay ningún saldo insoluto de cesantía.

"11. El demandante no tiene derecho al reajuste de la cesantía definitiva.

"Respecto de este hecho es oportuno señalar que en el reclamo presentado por el señor Mora para agotar la vía gubernativa no se señaló en ninguna parte una petición de reajuste de cesantía.

"12. No es cierto. Mi representado no ha incurrido en ninguna mora, y por tanto no pueden hacerse acreedora a ninguna sanción moratoria".

La Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en fallo de diez de marzo de mil novecientos setenta y siete, absolvió a la sociedad Alcalis de Colombia Alco Limitada, antes Compañía Colombiana de Alcalis Planta Colombiana de Soda Limitada, de todas las pretensiones del demandante y condenó en costas al actor. El apoderado del trabajador apeló de la decisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 27 de mayo de 1977, confirmó el fallo recurrido y condenó en costas al apelante. El apoderado de Miguel Angel Mora Espitia interpuso contra el fallo ad quem, recurso de casación que concedió el Tribunal y aceptó la Corte.

El recurso

Con apoyo en la primera causal de casación laboral, se formula un sólo cargo. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

El recurrente pretende que se case la sentencia de segunda instancia, se revoque el fallo de primer grado y se condene a la parte demandada a pagar al actor: $ 1.672.06 como reajuste de pensión de jubilación, desde el 1º de mayo de 1974; $ 25.284.42 como reajuste de auxilio de cesantía; $ 407.00 diarios a partir del 1º de mayo de 1974 y hasta cuando se verifique el pago de los reajustes, como sanción moratoria, y las costas.

El cargo

Dice el impugnador:

"Basado en lo dispuesto en el Inciso segundo de la Regla 1ª del artículo 87 del Código Sustantivo del Trabajo, en el inciso segundo del Ordinal 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1946 y en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, de manera comedida y respetuosa acuso la sentencia dictada en audiencia pública del 27 de mayo de 1977 por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por vía indirecta, por haber incurrido en aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, y por falta de aplicación o inobservancia de las disposiciones jurídicas sustanciales que enumeraré en seguida, y por los errores de hecho que puntualizaré en su debida oportunidad.

"La falta de aplicación, o disposiciones no tenidas en cuenta por la Sala para la decisión, son las siguientes:

"Artículos 120 ordinal 3º, 136, 141 reglas 3ª y 4ª, 192 y 193 de la Constitución Nacional.

"Artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

"Artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

"Artículos 27 y 28 del Código Civil.

"Artículos 14, 19, 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario de los artículos 19 y 27 del Decreto 3135 de 1968, dictada por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 1º, literales g) h) y j) de la Ley 65 de 1966, sobre jubilación.

"Artículo 17 literal b) de la Ley 6ª de 1945, sobre jubilación.

"Artículo 6º y Parágrafo 1º del Decreto 1160 de 1947, en cuanto reglamentario del artículo 17 literal a) de la Ley 6ª de 1945, y de los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, sobre auxilio de cesantía.

"Artículos 43, 45, 46 y 48 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario de los artículos 8º y 9º del Decreto 3135 de 1968 (Ley 65 de 1967), sobre concesión de vacaciones.

"Artículo 1º Parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, sobre sanción moratoria".

El atacante relata que el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 ordena tener en cuenta las primas de toda especie percibidas en el último año de servicios, para calcular el 75% en que consiste la pensión de jubilación de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales; recuerda que el Tribunal admite la diferencia entre devengar y percibir, pero advierte que el sentenciador se negó a aplicar el artículo 73 citado porque consideró que lo prohibía el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

El acusador alega que el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 habla de salarios devengados, mientras el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 se refiere a las primas de toda especie percibidas, de donde concluye que las normas están tratando de materias distintas y por ello no puede hablarse de que la una exceda a la otra.

El censor estima que el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 no autoriza para dejar de aplicar una norma reglamentaria porque ella exceda el alcance de la disposición reglamentada afirma que la doctrina legal más probable ya no se aplica entre nosotros por haber sido expresamente suprimida; observa que el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 no viola la Constitución Nacional, pues si la contrariara sería inaplicable por virtud del artículo 5º de la Ley 57 de 1887; sostiene que aun en el caso de que hubiera extralimitación de la potestad reglamentaria, ni los particulares ni los jueces pueden negarse a aplicar la disposición reglamentaria porque nuestro régimen jurídico es de presunción de legalidad de las disposiciones reglamentarias, mientras el Consejo de Estado no las anule; arguye que solamente el Consejo de Estado puede anular las normas reglamentarias, que el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 es sumamente claro, por lo cual no puede desatenderse su tenor literal para consultar su espiritu; y atribuye el sentenciador el "tremendo vicio o error **in judicando** de haber desconocido la existencia de todo un sistema jurídico como es entre nosotros el de la presunción de legalidad de los decretos del Gobierno".

El censor cita el artículo 192 de la Constitución Nacional para decir que sobre tal norma la Corte y el Consejo de Estado en constantes y reiteradas jurisprudencias que son fuentes de Derecho, han sentado el principio de la presunción de legalidad de las disposiciones reglamentarias y su obligatoriedad; y pregunta para qué serviría el contencioso de anulación si los jueces pudieran abstenerse de aplicar los decretos del Gobierno bajo el pretexto de su ilegalidad.

Después de transcribir algunos conceptos de autores, el recurrente repite lo de la presunción de legalidad, lo de las materias diferentes tratadas por los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 y 73 del Decreto 1848 de 1969, y advierte que el más favorable al trabajador es el último citado.

El impugnador dice que la sentencia de primera instancia se puede combatir con los mismos argumentos que empleó para atacar la decisión del Tribunal; atribuye al juez **a quo** error de hecho por no apreciar las certificaciones de los folios 48 y 39 al decir que las primas no se demostraron con calidad de salarios; por no haber admitido que en la contestación de la demanda se había confesado que esas primas no habían sido computadas para calcular la pensión; infiere que el juzgado incurrió en falta de aplicación de los artículos 197 del Código de Procedimiento

Civil y 145 del Código de Procedimiento Laboral, y contrarió también el artículo 61 de este estatuto.

El atacante no encuentra razón para que el juez exija la prueba de que las primas fueran salario, pues el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 habla de toda clase de primas y el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 dice que para el cómputo de cesantías debe tenerse en cuenta no solo el salario fijo, "sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios".

Según el acusador los auxilios de vacaciones, las primas legales y las extralegales no son salario directo pero sí lo son indirecto; advierte que la parte demandada no les negó el carácter de salario, sino que alegó no haberse devengado en el último año.

Se considera

El recurrente despues de decir que le es imposible atacar por vía directa, presenta la violación por vía indirecta, por haber incurrido el sentenciador en aplicación indebida del Art. 12 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación o inobservancia de disposiciones jurídicas que enumera, y por errores de hecho que anuncia. Indudablemente el Art. 12 mencionado, fue según el recurrente, violado por aplicación indebida a través de errores de hecho, o sea en forma indirecta, pero sobre las demás normas citadas que se dice fueron dejadas de aplicar, no se indica si se violaron por infracción directa o por aplicación indebida, aunque por lo dicho antes de enunciar el cargo, necesariamente el ataque en la vía indirecta ha de ser por aplicación indebida a través de errores de hecho. Pero en ningún momento del cargo se presentan los errores de hecho en que hubiera podido incurrir el ad quem, y a lo sumo se dice en medio del alegato que se presentó como demostración del cargo, que el Juez de primera instancia incurrió en errores de hecho, pero tales afirmaciones no pueden constituir los erroes de hecho del Tribunal, ya que los criterios de los juzgadores no fueron coincidentes.

El cargo es inestimable porque se presenta como una violación por aplicación indebida en la forma indirecta, y no se muestran los errores de hecho o de derecho que hubiera podido cometer el ad quem.

Sinembargo, la Sala para cumplir la misión unificadora de la jurisprudencia, estudiará las razones presentadas por el censor, que han debido corresponder a una acusación por interpretación errónea o por infracción directa o a una aplicación indebida pero por la vía directa.

"El artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 dice que la pensión de jubilación a que tienen derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, equivale "al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

"El artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968, dice que el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación que corresponde al empleado oficial 'será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios' ".

La norma reglamentada trata del promedio de los salarios devengados, y la norma reglamentaria se refiere al promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos. Luego hay diferencia en los elementos que los artículos señalan para obtener el promedio, ya que no es lo mismo devengados que percibidos, ni es igual el salario a las primas de toda especie.

El impugnador alega que no puede hablarse de extralimitaciones, porque la norma reglamentaria trata de primas recibidas, pero claramente se ve que mientras el precepto del decreto dictado en uso de facultades extraordinarias, señala el promedio de los salarios recibidos, el texto del decreto reglamentario extiende el promedio a las primas de toda especie y habla no de lo devengado, sino de lo percibido.

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 dice: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable".

De esa disposición dedujo acertadamente el sentenciador, que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamen-

taria, que sean contrarios a las leyes, no serán aplicados.

Una cosa es que esos actos sean obligatorios para los particulares mientras el Consejo de Estado no declare su ilegalidad, y otra que los jueces y funcionarios que tengan jurisdicción y autoridad no puedan dejar de aplicarlos, porque la norma condiciona la aplicación de esos actos a que no sean contrarios a la Constitución ni a la ley.

También es conveniente despejar la confusión de la demanda de casación, entre la anulación y la falta de aplicación de la norma, pues el acto por el cual el Consejo de Estado declara nula la disposición por ilegal, produce efecto para todos los casos y la nulidad acaba con la obligatoriedad de la norma, mientras que el acto del funcionario que deja de aplicar la norma ilegal, no produce efecto sino para el caso que juzga y deja la obligatoriedad del precepto para todos los casos no juzgados.

De la misma manera que en Colombia existe desde 1910 el doble control de constitucionalidad, sistema que nuestro país adoptó antes que cualquier otra nación en el mundo, según el cual existe la acción de inconstitucionalidad que de acuerdo con el artículo 214 de la Carta permite a cualquier ciudadano acusar las leyes y otros actos, por violación de la Constitución; y a la vez según el Art. 215 de la Carta, existe la excepción de inconstitucionalidad por la cual las autoridades dejan de aplicar las normas legales que sean incompatibles con la Constitución; también existe una acción de ilegitimidad para lograr la anulación de los actos contrarios a la ley, y a la vez por virtud del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, existe la excepción de ilegalidad por la cual las autoridades en cada caso, dejan de aplicar la norma reglamentaria cuando es ilegal o inconstitucional.

El artículo 192 de la Constitución Nacional no es aplicable al caso, porque se refiere únicamente a la obligatoriedad de las ordenanzas de las Asambleas Departamentales y de los acuerdos de los Concejos Municipales.

Ninguna de las citas traídas en la demanda de casación, indica que no exista la excepción de ilegalidad, que permite a las autoridades dejar de aplicar una norma reglamentaria cuando ella es ilegal o inconstitucional.

Los particulares no pueden por sí mismos desconocer la obligatoriedad de las normas reglamentarias ilegales o inconstitucionales, pero las autoridades sí pueden dejar de aplicarlas, en cada caso y sin necesidad de que se hayan anulado por el contencioso.

No se puede afirmar que el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 es más favorable para el trabajador que el 27 del Decreto 3135 de 1965, porque si el trabajador no ha recibido en el momento de liquidarle la jubilación, todos los salarios devengados durante el último año, el promedio será inferior con la aplicación de la norma reglamentaria que con la de la reglamentada. Como jurídicamente los dos preceptos son distintos porque establecen diferentes factores para buscar el promedio, y la norma reglamentaria es contraria a la legal, no debe aplicarse según el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

Por lo que hace a la aplicación del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, reclamada por el impugnador, se tiene que esa norma dice en el parágrafo primero que "el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino todo lo que reciba el trabajador a cualquiera otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobre sueldos y bonificaciones, pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad".

Ese precepto no puede entenderse en el sentido en que lo toma el atacante, porque lo que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, es salario, o sea que la norma indica la liquidación de cesantía sobre la base del salario fijo y de toda otra clase de retribución, pero no abarca conceptos distintos del salario.

Las referencias que el acusador hace a los fundamentos de la setenncia de primera instancia, son inoperantes en el presente caso, pues no habiéndose formulado correctamente el cargo, ni siendo él eficaz aunque se hubiera presentado correctamente, no es posible dentro de la técnica de casación, pasar al examen de la providencia del a quo.

Por las razones indicadas no es eficaz la acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos setenta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Miguel Angel Mora Espitia contra Alcalis de Colombia Alco Limitada, antes Compañía Colombiana de Alcalis Planta de Soda Limitada.

Sin costas por no haberse causado.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

DOCUMENTOS PRIVADOS, DECLARATIVOS, EMANADOS DE TERCEROS

Si los documentos privados declarativos, emanados de terceros, sólo llegan a adquirir el carácter de prueba cuando su contenido se ratifica "mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios", según voces del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Referencia: Expediente Nº 5756).

(Acta Nº 43).

Se va a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **Fermín Manuel Fernández Soto** contra la sentencia de cinco de agosto de mil novecientos setenta y seis, proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla**, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por aquél contra la sociedad **Aerovías Nacionales de Colombia S. A.**, para que se la condenase a pagarle "indemnización por despido injusto, pensión especial de jubilación y las costas del proceso, en virtud de los servicios prestados durante 17 años continuos, con salario último promedio de $ 3.826.42 mensuales, desde el 18 de marzo de 1957 hasta el 18 de marzo de 1974, fecha en la que fue despedido sin justa causa siendo mayor de 50 años de edad.

La empresa, que no contestó la demanda oportunamente, lo hizo en la primera audiencia de trámite, aceptando el tiempo de servicios, la remuneración y el hecho del despido, pero alegó que éste se produjo con justa causa. Se opuso, en consecuencia, a las pretensiones del actor.

Tramitada la litis, el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla**, que fue el del conocimiento, la falló el once de junio de mil novecientos setenta y seis, condenando a "Avianca" a pagar a Fernández $ 66.935.25 por concepto de indemnización por despido injusto y una pensión de jubilación de $ 2.448.90 mensuales a partir del 26 de septiembre de 1974. No hizo condenación en costas.

Apelada esa decisión por el apoderado de la parte demandada, el Tribunal Superior la revocó y, en su lugar, absolvió a la empresa, sin imponer costas por las instancias.

El recurso extraordinario

Persigue que la sentencia impugnada sea casada en su totalidad, para que la Corte, en función de **ad quem**, confirme en todas sus partes la proferida por el Juzgado.

Con invocación de la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, el recurrente formula el siguiente cargo:

Cargo único

"Violación indirecta, por aplicación indebida a través de la modalidad de falta de aplicación, de los artículos 8º, del Decreto 2351 de 1965 en el literal d) del inciso 3º y 8º de la Ley 171 de 1961, inciso 2º, en armonía con el artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, violación que condujo al **ad quem** a la aplicación indebida del nu-

meral 6º del artículo 7º del Decreto mencionado en conexión con los numerales 8º del artículo 60 y 1º del artículo 58, estos últimos del Código Sustantivo del Trabajo y la cual se produjo por evidentes errores de hecho cometidos por equivocada apreciación de los documentos que obran a folios 8 y 13 a 16 del expediente en conexión con el testimonio que aparece a folios 25 a 27 del primer cuaderno del informativo, mediando violación de los artículos 229 y 277 del Código de Procedimiento Civil".

El censor inicia el desarollo del cargo afirmando la calidad de auténticos de los documentos que señala como mal apreciados, por provenir de parte el primero de ellos y por haber sido reconocidos los restantes por su signatarios. Pero sostiene, con cita de los artículos 229 y 277 del Código de Procedimiento Civil, que los últimos, o sea los de folios 13 a 16, "fueron aducidos irregularmente al proceso", por cuanto, siendo simplemente declarativos, quienes los suscriben se limitaron a reconocer los documentos, "con lo cual los dotaron de autenticidad, pero de ninguna manera se cumplió la exigencia legal contenida en las normas cuyos apartes aparecen transcritos en lo pertinente. En tal virtud, no podían ser tenidos como prueba por haber sido arrimados al proceso en forma, por decir lo menos, irregular. En efecto, se echa de menos que se hubiere realizado investigación alguna sobre la declaración contenida en dichas pruebas literales, lo que constituye precisamente el aspecto medular de las disposiciones citadas".

A continuación, y para el evento de que la Sala deseche el planteamiento anterior, anuncia que procede a demostrar los yerros en que incurrió el Tribunal, para lo cual comienza por sostener "que los 'testimonios' rendidos por los signatarios de la carta... son absolutamente contestes en afirmar que no les consta ni presenciaron que el demandante hubiere entregado el probador eléctrico (Tester, en el expediente) a persona alguna".

En seguida destaca el censor la íntima relación que existe entre aquellos documentos, cuya autenticidad califica de innegable, y los testimonios de sus signatarios y el rendido por Alfonso Rivera. Y se refiere a la respuesta que los primeros dieron a una pregunta formulada por el apoderado del actor, conforme a la cual manifiestan que no les consta que Fernández Soto hubiere sustraído el probador eléctrico ni que lo hubiera entregado a otra persona, y analiza la declaración de Rivera para oponerla a lo manifestado por aquéllos y concluir que no aparece demostrado que Fernández haya sido la persona que entregó a Rivera, en calidad de préstamo, el mencionado instrumento de trabajo. Concluye criticando la calificación de grave que el Tribunal dio a la falta atribuida al trabajador y la tilda como de "manifiesta injusticia".

La demanda no fue replicada.

Para resolver, se considera

La Sala advierte, en primer término, que la violación de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961 no habría sido la causa de la infracción del artículo 7º del mencionado Decreto y del 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sino todo lo contrario, es decir, que la transgresión de éstos, por haberse tenido como probado el justo motivo para la expiración del contrato, determinó la violación de aquellos al no condenar al reconocimiento de los derechos que consagran. Y, en segundo lugar, que el cargo afirma la comisión de evidentes errores de hecho como causa de todas esas violaciones, pero se abstiene de señalarlos, dejando a la Corte la tarea de descubrirlos a través del contexto de la acusación, proceder con el cual no se cumple con el requisito de imputarlos con la singularidad, precisión y claridad requeridos.

El recurrente pretende que se reconozca la calidad de auténticos a los documentos de folios 13 a 16 y que al mismo tiempo se les niegue mérito probatorio por no haberse cumplido la exigencia legal contenida en los artículos 277 y 229 del Código de Procedimiento Civil. Se trata de documentos emanados de terceros y no de testimonios recibidos fuera del proceso, por lo cual su ratificación cae, exclusivamente, bajo las regulaciones del primer ordenamiento citado y no bajo las del segundo. Conforme a aquél, siendo declarativos, la ratificación de su contenido debe hacerse mediante las formalidades estable-

cidas para la prueba de testigos, y esas formalidades, previstas en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, se cumplieron cabalmente, pues a los firmantes se les hizo comparecer al Juzgado y en audiencia pública se les tomó el juramento de rigor, se les interrogó, —inclusive por el apoderado de la parte demandante— se les exhibieron los respectivos documentos y, enterados de su contenido, se ratificaron en él y reconocieron sus firmas. El interrogatorio, desde luego, pudo haber sido más amplio, pero esa deficiencia, de la cual no estaría exenta de culpa la parte actora, no afecta la validez ni el mérito de la prueba.

Si los documentos privados declarativos, emanados de terceros, sólo llegan a adquirir el carácter de prueba cuando su contenido se ratifica "mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios", según las voces del aludido artículo 277, la conclusión que se impone es la de que el juzgador lo que en verdad examina y estima es una prueba testimonial, producida como ésta, de igual naturaleza e idéntico valor a ella. La prueba viene a ser, pues, la declaración de los testigos y no los documentos que sin aquélla carecerían de toda significación o relevancia en el proceso. Así lo admite el propio impugnador cuando al tratar de demostrar error, se refiere a los "testigos" y a las "declaraciones" de Oscar Heine, Antonio de Saucedo Ferreira, Baldomero Altamiranda y Rafael Alfonso García, quienes son los firmantes de los mencionados documentos.

Siendo incuestionable lo anterior, el cargo que se funda en errores de hecho provenientes de tal clase de pruebas, a términos del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, es inadmisible, a menos que, como lo tiene admitido la jurisprudencia de esta Sala, se demuestra primero un error proveniente de prueba calificada como apta por dicho precepto.

En la acusación propuesta, los errores de hecho se afirman como derivados de la equivocada apreciación de los documentos de folios 13 a 16, que, como queda visto, a través de su ratificación se convirtieron en prueba testimonial; de la declaración rendida por Alfonso Rivera y del documento de fl. 8. Este último tiene el carácter de documento auténtico, pero no fue apreciado con error, pues el Tribunal apenas tuvo como demostrado con base en él el hecho del despido del trabajador y la causa o motivo invocado para producirlo —que es lo que sin duda alguna acredita—, mas no su justificación. En tales circunstancias, no puede penetrar la Sala en el examen de las otras probanzas por vedárselo la precitada norma de la Ley 16 de 1969, y el cargo, en consecuencia, resulta inatendible.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el cinco de agosto de mil novecientos setenta y seis, en el juicio ordinario de trabajo instaurado por Fermín Manuel Fernández Soto contra la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A., "Avianca".

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de 22 de noviembre de 1977, RESUELVE: PRIMERO: Declárase INEXEQUIBLE la frase contenida en el inciso 1º del Art. Primero del laudo recurrido que dice: "desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive". SEGUNDO: declárase INEXEQUIBLES los incisos 4º y 5º del artículo 3º del fallo arbitral. TERCERO: Declárase INEXEQUIBLE la frase "con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente" del inciso 1º del artículo Décimo del fallo arbitral. CUARTO: Declárase INEXEQUIBLE el inciso 2º del artículo Décimo del laudo. QUINTO. Declárase INEXEQUIBLE el inciso 3º del artículo Décimo del fallo arbitral. SEXTO: Declárase INEXEQUIBLE el Art. Décimo Sexto del fallo recurrido en cuanto dice: "El presente laudo tendrá una vigencia de dos años, contados a partir del tres (3) de julio de 1976". SEPTIMO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el laudo regirá desde el 16 de junio de mil novecientos setenta y seis hasta el 1º de julio de mil novecientos setenta y ocho

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrados ponentes: Doctores José Eduardo Gnecco C., y Juan Hernández Sáenz).

(Acta Nº 47).

El 14 de junio de 1976 la UNION DE MARINOS MERCANTES DE COLOMBIA "Unimar" denunció el Laudo proferido el 13 de junio de 1975 por un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, con vencimiento el 2 de julio de 1976, y que decidió el conflicto colectivo surgido con la Flota Mercante Grancolombiana S. A., presentado el pliego de peticiones por dicho Sindicato las conversaciones de la etapa de arreglo directo se iniciaron el 30 de junio de 1976 y terminaron el 25 de agosto del mismo año, habiéndose llegado a un acuerdo sobre el Parágrafo III del punto primero del pliego en la sesión de 19 de julio de 1976, de lo cual, sin embargo, no se dejó constancia en el Acta de clausura de la primera etapa. Nombrados los conciliadores por las partes la etapa correspondiente comenzó el 3 de septiembre de 1976 y se clausuró el 17 de septiembre del mismo año, sin que los conciliadores hubiesen encontrado fórmulas que concilien los intereses de las partes.

Por desarrollar la Flota Mercante Grancolombiana S. A., una actividad de servicio público el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Resolución número 04176 de 18 de noviembre de 1976 convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para decidir el Conflicto Colectivo surgido entre aquélla y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia. Las partes designaron sus árbitros así: por la Flota el doctor Adán

Arriaga Andrade y por el Sindicato el doctor Oscar Villegas. Dentro del término legal los árbitros designados por las partes escogieron como tercero al doctor Luis B. Flórez, quedando así integrado el Tribunal de Arbitramento, que comenzó a funcionar el 17 de enero de 1977. El Tribunal acordó el 21 de enero solicitar una prórroga de 30 días, prórroga que por el mismo término solicitó el 28 de febrero, el 4 de abril y el 12 de mayo de 1976, que fueron concedidas por las partes en conflicto.

El dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete el Tribunal de Arbitramento Obligatorio profirió el Laudo, en cuya parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO. REAJUSTE DE SALARIOS. Todas las peticiones contenidas en el punto primero del pliego y en sus PARAGRAFOS quedan resueltas de este modo: 1) La Flota Mercante Grancolombiana S. A., debe aumentar los salarios básicos mensuales a los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que tenga bajo su administración, desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive, así: a) Hasta doscientos cincuenta dólares ($ US 250.00) en un diecinueve por ciento (19%). b) De doscientos cincuenta y un dólares ($ US 251.00) cuatrocientos dólares ($ US 400.00) en un quince por ciento (15%). c) De cuatrocientos un dólares ($ US 401.00) en adelante, en un trece por ciento (13%). 2) Desde la misma fecha, el valor de las sobrerremuneraciones fijas mensuales vigentes para capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros, se aumenta en un quince por ciento (15%). 3) Elévase al cuarenta por ciento (40%) el límite máximo de la prima de antigüedad fijado en un veinticinco por (25%), en la cláusula DUODECIMA del Laudo Arbitral de 1964. 4) La Empresa continuará computando la cantidad de noventa dólares ($ US 90.00) mensuales como valor de la alimentación, al liquidar las prestaciones sociales. SEGUNDO. VACACIONES, DESCANSO COMPENSATORIO REMUNERADO Y PRIMA DE VACACIONES. (Punto segundo del pliego y su parágrafo). 1. El período anual de vacaciones y descansos compensatorios remunerados, actualmente en vigor, se amplía en un día más por cada año de trabajo a partir del tercero inclusive, sin pasar de setenta y cinco (75) días en total. No obstante, cuando las vacaciones corresponden a servicios prestados en naves que no hayan tocado en puertos colombianos durante un año o más, serán de setenta días más los adicionales ya indicados, sin pasar de ochenta días; y si en este caso el tripulante fuere trasladado a otra nave que sí toca en puerto colombiano antes de cumplir un año de trabajo, tendrá derecho a sesenta y dos días de vacaciones si hubieren transcurridos seis meses sin que dicho tripulante haya llegado a puerto colombiano, más los días adicionales, con un límite máximo de ochenta y dos días. 2. Todo tripulante que presta o haya prestado servicios a la Empresa durante dos o más años continuos, tendrá derecho, cuando vaya a hacer uso de vacaciones en el territorio nacional, a que la Empresa le pague, junto con la remuneración de las mismas, una ayuda vacacional de ochocientos pesos ($ 800.00) por cada vacación, ayuda que no será computada para el cálculo de ninguno otro derecho de carácter laboral. TERCERO. PERMISOS REMUNERADOS. (Punto tercero del Pliego). 1. Auméntase en uno el número mínimo de tripulantes a quienes la Empresa debe facilitar, cada año, que adelanten cursos en escuelas técnicas nacionales o extranjeras, conforme a la CLAUSULA 15 de la Convención Colectiva de 1957, en las mismas condiciones de remuneración y de cómputo de tiempo de servicio que vengan rigiendo para estos casos. También la Empresa deberá contribuir, por lo menos, con la mitad del costo de tales cursos. 2. Los permisos para cursos o exámenes de que trata la CLAUSULA 10 de la Convención Colectiva de 1959 serán remuneradas con el 50% del respectivo sueldo básico. 3. En las licencias o permisos premencionados, los pasajes de regreso al buque serán sufragados por la Empresa. 4. La Empresa otorgará permiso sindical permanente, remunerado con el salario básico, a dos de los miembros de la Unión de Marinos Mercantes que designe la asamblea general de la misma y por el tiempo que ella fije. El ejercicio de estos permisos se computará como servicios a la Empresa para todos los efectos legales. 5. Los permisos de carácter sindical deberán ser solicitados por la Unión a la Empresa indi-

cando en cada caso su finalidad. (Parágrafo del punto tercero del Pliego). CUARTO. ESCALAFON. (Punto quinto del Pliego con sus Parágrafos). 1. La Flota Mercante Grancolombiana y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia crearán una comisión de expertos integrada por dos representantes de cada una de ellas, que deberán ser designados a más tardar el primero de agosto de 1977, con el objeto de revisar y actualizar el escalafón vigente, antes de finalizar el año en curso, siguiendo de preferencia la orientación de lo acordado sobre la materia en la convención colectiva suscrita por la misma Empresa con el Sindicato de sus marinos, Seccional del Ecuador, el 15 de noviembre de 1976. 2. La comisión examinará, además, si se justifica la diferencia de salarios en un mismo cargo u oficio por razón del tipo de naves o si deben nivelarse las remuneraciones respectivas. Para decidir, oirá los dictámenes técnicos que estime necesarios. Las determinaciones de esta comisión obligarán a las partes. QUINTO. TRABAJOS ESPECIALES Y DE AYUDA OPERACIONAL. (Punto sexto del Pliego, con su parágrafo). La comisión técnica prevista en el ordinal CUARTO de este Laudo se ocupará igualmente de la revisión y actualización de los trabajos especiales y de ayuda operacional contemplados en los numerales 4º, 8º, 10, 12, VARIOS y 13 de la cláusula cuadragésima del laudo arbitral de 1971, para lo cual deberá adoptar de preferencia el criterio y la nomenclatura acordada por la Empresa con el Sindicato de sus marinos, Seccional Ecuador, en la Convención Colectiva de noviembre 16 de 1976. SEXTO. SERVICIO MEDICO FAMILIAR. (Punto séptimo del Pliego con su Parágrafo). 1. Tan pronto como la Unión de Marinos Mercantes de Colombia se obligue a hacer un aporte inicial no inferior a trescientos mil pesos (de sus propios recursos o mediante contribución de sus afiliados), la Flota Mercante Grancolombiana S. A., destinará no menos de un millón de pesos como aporte inicial para la constitución de un fondo especial cuyo objeto será el de prestar total o parcialmente la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica que necesiten los familiares de los tripulantes que dependan económicamente de éstos y hayan sido inscritos para tal efecto. 2. El fondo se incrementará con aportes periódicos conjuntos de la empresa y de sus tripulantes, cuyo monto y periodicidad indicarán los estatutos, pero la cuota de la Empresa en cada cotización conjunta no podrá ser inferior al 70% de la misma. 3. El fondo será administrado por una junta integrada por dos representantes de la Empresa y dos de la Unión, que deberán ser designados dentro del mes siguiente al depósito de los referidos aportes iniciales. 4. La junta determinará la fecha en que deban iniciarse las cotizaciones periódicas y su cuantía. SEPTIMO PASAJES. (Punto 8º del pliego). 1. Amplíase en uno el número de pasajes a que actualmente tienen derecho los familiares del respectivo oficial, conforme al acta de arreglo directo a que se refiere el punto 33 del laudo de 1971. 2. En las mismas condiciones previstas en la dicha acta de arreglo directo, la Empresa dará al tripulante pensionado un pasaje cada dos años. OCTAVO. ABORDAJES. (Punto noveno del pliego). Duplícase las cuantías máximas de las indemnizaciones contempladas en el inciso 2º del artículo décimo quinto del laudo arbitral de junio 13 de 1975. NOVENO. SERVICIO DE TRANSPORTE TERRESTRE. (Punto décimo del pliego). En Barranquilla y Buenaventura, la Empresa transportará del muelle a la ciudad y viceversa, al personal de cada guardia, de conformidad con la reglamentación que acuerden la Flota y la Unión. DECIMO. PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ. (Punto undécimo del pliego con sus parágrafos). 1. Las pensiones de jubilación e invalidez cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977 a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., se liquidarán con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y dentro de los límites que éstas fijen en moneda colombiana, con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente. 2. Las mesadas en moneda legal se cancelarán al tipo de cambio oficial vigente en cada pago. 3. Cuando los servicios se hayan prestado durante quince años continuos o veinte discontinuos a temperaturas anormales o en condiciones de ruidos excesivos, o emanaciones peligro-

sas, según dictamen técnico rendido a solicitud de parte, el tripulante tendrá derecho a pensión, cualquiera que sea su edad. UNDECIMO. AUXILIOS EDUCATIVOS. (Punto catorce del pliego). 1. A más tardar el primero de agosto de 1977, la Empresa destinará una suma no inferior a quinientos mil pesos, ($ 500.000.00) con el fin de otorgar préstamos a los tripulantes para la educación de sus hijos, a cualquier nivel, con un interés no mayor del cuatro por ciento (4%) anual. 2. Si la Unión de Marinos decide, en cualquier momento, aportar una suma apreciable con la misma finalidad, la Empresa quedará obligada a aportar el triple de tal suma, y la organización y manejo de ese fondo serán confiados a una junta cuyos miembros designarán las partes en número directamente proporcional a sus aportes. El fondo así integrado deberá condonar la mitad del préstamo al estudiante que acredita la aprobación del ciclo educativo correspondiente. DUODECIMO. PRESTAMOS PARA VIVIENDA. (Punto quince del pliego). A partir del primero de agosto de 1977, la Empresa incrementará en cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00) el Fondo de Préstamos del Plan de Vivienda. De dicha suma, se destinarán dos millones ($ 2.000.000.00) para préstamos a oficiales, y tres millones ($ 3.000.000.00) para préstamos a los demás tripulantes. Los actuales topes individuales de los préstamos se elevan así: a) Los de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) a ciento setenta mil pesos ($ 170.000.00); b) Los de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00) a doscientos diez mil pesos ($ 210.000.00); c) Los de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00) a doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) y d) Los de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) a trescientos mil pesos ($ 300.000.00). DECIMO TERCERO. DERECHO DE ASOCIACION Y DE PETICION. (Punto dieciséis del pliego con su parágrafo. La Empresa permitirá la visita de los directores de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia y de sus delegados debidamente acreditados, a los barcos surtos en puertos nacionales y extranjeros, para tratar con los afiliados lo referente a actividades sindicales, y permitirá esas reuniones en horas libres de los tripulantes, en forma rotatoria, mediante autorización del Capitán. En caso de negativa de éste, deberá motivarla. DECIMO CUARTO. CODIFICACION. (Parágrafo del punto diecisiete del pliego). Las partes designarán antes del primero de agosto de 1977 una comisión integrada por dos representantes de cada una de éllas, a fin de que codifique en forma concordada por materias y con numeración continua, en un plazo máximo de tres meses, todas las normas convencionales y arbitrales vigentes. Copias de la codificación serán repartidas por la Flota Mercante Grancolombiana S. A., a sus trabajadores de mar. DECIMO QUINTO. En los términos que anteceden quedan resueltas todas las peticiones del pliego, con sus parágrafos. En consecuencia, no se accede a los puntos doce y trece del mismo. DECIMO SEXTO. VIGENCIA. (Punto diecisiete del pliego). El presente laudo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir del tres (3) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976). Quedan en vigor todas las normas contenidas en convenciones, laudos y pactos cuyas disposiciones no se opongan a lo establecido en el presente laudo".

Dentro del término legal la Flota Grancolombiana S. A., y la Unión de Marinos mercantes de Colombia pidieron aclaración de algunos puntos del laudo que consideraron oscuros e interpusieron el recurso de Homologación. En providencia de veintisiete de junio de 1977 el Tribunal de Arbitramento Obligatorio no accedió a las aclaraciones pretendidas y concedió el recurso de homologación interpuesto por ambas partes.

Recibido el expediente por la Corte, los apoderados de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia y de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., presentaron escritos de impugnación y de réplica a los argumentos expuestos por la contraparte.

Acusación de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia

Habiendo llegado la oportunidad legal el doble recurso se decidirá previo estudio en primer término de la censura que hace la Unión de Marinos Mercantes de Colombia a través de su apoderado judicial, quien formula la acusación así:

"No obstante la vaguedad del Laudo en la solución de algunos de los puntos, y la negativa de los Arbitros de hacer las aclaraciones pedidas por las partes, LA UNION DE MARINOS MERCANTES DE COLOMBIA limita su objeción al punto DECIMO del Laudo, que corresponde undécimo del pliego de peticiones. PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ. Las pensiones de Jubilación en Invalidez a que se refiere la Cláusula TERCERA (3ª) de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la Empresa y los Trabajadores el 16 de junio de 1966, incorporada al LAUDO ARBITRAL vigente, será pagada en la misma moneda del salario.

"PARAGRAFO 1º Con todo, el valor de dichas pensiones podrá pagarlo la Empresa a los residentes en el territorio nacional en moneda colombiana al tipo de cambio vigente el día en que deba efectuarse el pago...'. CARGO. El Laudo viola una disposición legal, el precepto contenido en el artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo que dice: 'Cuando el Salario se estipula en moneda o divisas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago'. El Laudo resolvió: 'DECIMO (Punto undécimo del pliego de peticiones con sus parágrafos). Las pensiones de jubilación e invalidez cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977 a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., se liquidarán con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y dentro de los límites que éstas fijen, en moneda colombiana...'. El laudo fija una fecha caprichosa... 'cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977...', esta fecha limita y desconoce el derecho consagrado por el Código Sustantivo del Trabajo que está vigente desde hace varios años y ostensiblemente viola la ley, al limitar el derecho en el tiempo. En el pliego de peticiones no se le pedía límite. Y no podía pedírselo. La decisión del laudo en esta parte viola ostensiblemente el artículo 135 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra ese derecho para los trabajadores. El laudo no puede condicionarlo ni fijarle límites caprichosos en el tiempo. Debe suprimirse del Laudo 'cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977 '...porque el derecho lo da el Código anterior al Laudo y este no puede limitarlo ni restringirlo. De lo contrario querría decir que los pensionados antes del 1º de agosto de 1957 (sic) no tendría derecho a que se les pagara la pensión en moneda colombiana al tipo de cambio vigente el día del pago mensual, en aplicación al artículo 135 tantas veces citado. Es pues, violatoria la ley sustantiva, en este punto al laudo".

Se considera

El inciso 1º del punto décimo del Laudo dice:

"1. Las pensiones de Jubilación e Invalidez cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977 a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., se liquidarán con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y dentro de los límites que éstas fijen en moneda colombiana, con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente".

Esta decisión del laudo establece una liquidación de las pensiones de jubilación e invalidez en moneda colombiana y modifica los factores que deben tenerse en cuenta para obtener el salario promedio con el cual se liquidarán, pues en lugar de promediar los salarios devengados en el último año de servicios se tomarán para buscar ese promedio los devengados en los últimos doce meses trabajados efectivamente, es decir, que se dejan sin computar los salarios correspondientes a los meses en los cuales no se prestó servicio por cualquier circunstancia. En la parte motiva del laudo se fundamenta el punto así:

"Encontró el Tribunal que tanto la liquidación como en el pago de las pensiones de jubilación e invalidez, es obvio que las partes deben atenerse a la ley; pero como podría prestarse a confusión la aplicación del promedio devengado en el último año de servicios, de que habla la misma ley, el Tribunal considera que deben descontarse de ese último año los períodos durante los cuales el trabajador no goce del salario pleno, sino disminuido por enfermedad o suspensiones del contrato de trabajo. Por estas razones, el laudo dispon-

drá que se computen los salarios de los últimos doce meses de servicios prestados 'factivamente' a la Empresa".

Si se establece un nuevo régimen para liquidar las pensiones y obtener el salario promedio mensual, bien podían los árbitros disponer que los nuevos sistemas comenzarían a aplicarse en una fecha posterior, sin que por ello se violen derechos de los trabajadores consagrados en leyes preexistentes, pues el propósito de la decisión arbitral fue mejorar hacia el futuro las condiciones de trabajo en relación con el régimen de liquidación de las pensiones establecido en convenciones colectivas anteriores.

La norma en lo referente a su vigencia es exequible a la luz de los argumentos expuestos por la Unión de Marinos Mercantes de Colombia. Pero como también la acusa por motivos diferentes el apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana, si se homologa o se declara inexequible lo resolverá la Corte al estudiar las impugnaciones de la Empresa.

Acusaciones de la Flota Mercante Grancolombiana

Primer cargo

Reajustes de salarios

"El punto primero del pliego de peticiones, está formulado así:

"REAJUSTE DE SALARIOS. 'A partir del día dos (2) de julio de 1976, fecha en que expira el término del Laudo Arbitral proferido en el año de 1975', 'La Empresa' reajustará en la siguiente forma y proporción el salario de 'los trabajadores': 'El salario básico mensual computando obviamente el valor de la alimentación, la remuneración de los trabajos especiales y de ayuda operacional, la movilización de mercancías a bordo, las operaciones ejecutadas con la Pluma Mayor 'STULKEN' las labores de aseo y limpieza de tanques de transporte de carga líquida, la barrida o baldeo de bodegas, aseo y limpieza de los cuartos de provisiones y también de los frigoríficos, los viáticos, el suplemento al auxilio por enfermedad tanto en Colombia como en el exterior, el auxilio para el desempeño de funciones sindicales y las primas semestrales de servicios establecidos en las disposiciones legales, arbitrales y convencionales en pactos, actas y acuerdos vigentes, serán incrementados en un cincuenta por ciento (50%) y las sobrerremuneraciones fijas mensuales de los Capitanes, Jefe Ingenieros, Contadores y Enfermeros, serán incrementadas en un ciento por ciento (100%). 'PARAGRAFO I: La Prima de Antigüedad vigente para todos los trabajadores de 'la Empresa' será también descongelada para los Capitanes, Oficiales y demás Tripulantes de las unidades marítimas de propiedad de 'la empresa' o que estén bajo su administración, en la misma forma establecida en la Cláusula VIII de la Convención Colectiva firmada entre 'la Empresa' y la 'Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana —ANEGRAN— que comprende a los trabajadores de tierra, por cuanto no se justifica semejante régimen discriminatorio en una misma entidad empresarial. 'PARAGRAFO II. El valor de la alimentación será obviamente computado para el pago de todos los efectos salariales y prestacionales de los trabajadores. Asimismo, 'la Empresa' continuará dando cumplimiento al Acta número 28, firmada entre 'la Empresa' y 'los trabajadores' el 14 de octubre de 1970 incorporada al Laudo vigente y por la cual las partes acordaron el pago doble del valor de la alimentación a cada trabajador, en días dominicales y festivos laborados. 'PARAGRAFO III: Las labores de barrida y baldeo de bodegas serán ejecutadas con personal de tierra, con excepción de aquellos casos en que ello no fuere posible, por no haber en tierra personal disponible para esta labor, circunstancia en la cual dichas labores podrán efectuarse con personal de a bordo, pero de ninguna manera a éste, es decir, a los miembros de la tripulación, se les obligará a ejecutar labores en épocas de invierno donde éste exista por estaciones o en período de lluvia porque tratándose de situaciones anormales, ello va en detrimento de la salud de los trabajadores'. Este punto fue decidido por el Tribunal de Arbitramento en los términos siguientes:

'PRIMERO. REAJUSTE DE SALARIOS'. Todas las peticiones contenidas en el punto primero del pliego y en sus PARAGRAFOS quedan resueltos de este modo: '1. La Flota Mercante Grancolombiana S. A., debe aumentar los salarios básicos mensuales a los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que tenga bajo su administración, desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive, así: 'a) Hasta doscientos cincuenta dólares (US 250.00), en un diecinueve por ciento (19%); 'b) De doscientos cincuenta y un dólares (US 251.00), a cuatrocientos dólares (US 400.00), en un quince por ciento (15%). y 'c) De cuatrocientos un dólares (US 401.00) en adelante, en un trece por ciento (13%). '2. Desde la misma fecha, el valor de las sobrerremuneraciones fijas mensuales vigentes para capitanes, jefes ingenieros, contadores, y enfermeros, se aumenta en un quince por ciento (15%). '3. Elévese al cuarenta por ciento (40%) el límite de la prima de antigüedad fijado en un veinticinco por ciento (25%) máximo, en la cláusula DUODECIMA del Laudo Arbitral de 1964. '4. La Empresa continuará computando la cantidad de noventa dólares (US 90.00) mensuales como valor de la alimentación, al liquidar las prestaciones sociales'. La decisión del Tribunal comprende los siguientes aspectos principales: a) Aumento de los salarios básicos mensuales 'a los trabajadores de sus unidades marítimas o de las que tenga bajo su administración'; b) Aumento de las sobrerremuneraciones fijas mensuales para capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros; c) Aumento del límite máximo de la prima de antigüedad, y d) Vigencia de los aumentos con retroactividad al 3 de julio de 1976. En relación con el aporte a), salta a la vista la incongruencia entre lo que se pide y lo que se otorga, puesto que en el respectivo punto del pliego se solicita el reajuste del salario de 'los trabajadores', entendiendo por tales los afiliados a la Unión de Marinos Mercantes de Colombia 'UNIMAR', con personería jurídica número 384 de 1945, sin que se hubiese incluido, en lo tocante a este aspecto concreto, a los trabajadores de las unidades marítimas que la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A., 'tenga bajo su administración'. Además de la incongruencia anotada, es de observar que al extender los reajustes a las tripulaciones de las naves marítimas de matrícula y bandera extranjera fletadas por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A., se le atribuye un efecto extraterritorial al laudo, lo cual pugna con lo dispuesto en los artículos 18 del Código Civil (59 de la Ley 149 de 1888), 57 de la Ley 4ª de 1913 y 2º del Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto al reajuste de salarios, en sí mismo considerado, resulta inequitativo, ya que como es bien sabido los marinos dependientes de la FLOTA ganan altos salarios en dólares, disfrutan de alimentación y alojamiento adecuados y, en general, gozan de una situación privilegiada respecto de los demás asalariados del país. La observación que hace el Tribunal, en la parte motiva del Laudo, según la cual los tripulantes de la FLOTA, por el hecho de prestar sus servicios, durante la mayor parte del tiempo, fuera del país, se ven obligados a efectuar gastos en dólares, carece de fundamento, puesto que si en verdad no están físicamente dentro del territorio nacional, residen en los barcos donde, salvo en casos excepcionales, no tienen necesidad ni siquiera oportunidad de hacer los gastos que supone el Tribunal. Por otra parte, las alzas en el cambio del dólar con referencia al peso colombiano, les ha permitido a los trabajadores de las motonaves de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A., afrontar ventajosamente las variaciones del costo de vida, como se demuestra con el certificado adjunto expedido por el Banco de la República (anexo número 1). Desde luego, se trata de una cuestión económica, para cuya decisión, conforme a doctrina hace tiempo elaborada, el Tribunal de Arbitramento tiene amplias facultades. Ello no obstante, en la evolución de la jurisprudencia laboral de la Corte, aunque predomina lógicamente el criterio de amparar los derechos del trabajador cuando quiera que hayan sido menoscabados, también se advierte una sana tendencia en el sentido de aplicar el principio de la equidad en defensa de los intereses legítimos del patrono, inspirándose en el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, 'dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'

en armonía con el 458 ibídem. Demostrado, pues, como está, con los informes y datos allegados al expediente, que los trabajadores de mar de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A., vienen recibiendo salarios no solo justos sino privilegiados, el aumento decretado por el Tribunal de Arbitramento resulta inequitativo, aún exorbitante, por lo cual debe ser declarado inexequible, tanto más cuanto traería como consecuencia, en perjuicio de los mismos marinos, un grave recorte en los planes de desarrollo de una empresa que, lejos de buscar el enriquecimiento de unos pocos, sirve al contrario, con grande eficacia a importantes sectores de la economía nacional. En lo tocante al aparte d), atinente a la fecha en que ha de entrar a regir el Laudo arbitral, éste impone el aumento de salarios **'desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive,** 'fecha anterior en casi un año a la en que fue expedido. Ello resulta abiertamente contrario a la jurisprudencia acogida por esa Sala en la sentencia de homologación del 12 de noviembre de 1974, que decidió el conflicto colectivo de trabajo surgido entre la Fundación Shaio y su Sindicato de Trabajadores. En dicha sentencia, de la cual fue ponente el doctor Juan Benavides Patrón, se dijo: " '...al disponer el Tribunal de Arbitramento, en cinco (5) de junio de 1974, que los aumentos de salarios rigieran a partir del primero (1º) de enero del dicho año dieron retroactividad a su sentencia arbitral, lo cual contraría el carácter futuro de esta clase de regulaciones, conforme al artículo 467 en relación con los ordenamientos 461/1 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, viola además el artículo 479/2 de la misma obra, sobre continuidad de la vigencia de la convención anterior que gobernó la celebrada por la Fundación con su Sindicato en 1972, conforme a la cual debieron cubrirse los salarios en 1974 anteriores al laudo recurrido, pagos que hoy no pueden ser objeto de modificación como situaciones consumadas que son, con sujeción, además, a ordenamiento de ley' ".

"La anterior jurisprudencia fue reiterada en fallo del 31 de octubre de 1975 (conflicto colectivo entre 'UNIMAR' y la 'FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A.'). Como en el asunto a que se refiere el presente recurso se dio retroactividad a la sentencia arbitral, retroactividad que abarca el lapso comprendido entre el 3 de julio de 1976 y el 16 de junio de 1977, durante el cual, en materia de salarios, se prolongó, según la doctrina citada, la vigencia del Laudo anterior, o sea el de fecha 13 de junio de 1975, atentamente solicito que se anule la disposición acusada en cuanto al efecto retroactivo que ella ordena, y que, en su lugar, se disponga que el reajuste de salarios, en el supuesto de que éste no se declare inexequible, solo regirá desde el 16 de junio de 1977 y hasta el día en que se celebre entre las partes una convención colectiva o se profiera un nuevo Laudo".

La Unión de Marinos Mercantes de Colombia replica:

"No existe incongruencia al amparar con el aumento salarial decretado, a los trabajadores de la Flota Mercante que presten servicios, con contrato de trabajo de éste y que son destinados a laborar en barcos tomados en arriendo y/o en administración. Si tales trabajadores están sindicalizados, por ellos ha podido el Sindicato. Y si no están afiliados y se benefician de la Convención, se sujetarán a las disposiciones legales correspondientes. En todo caso están al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana y laboran para ella. Y en manera alguna cabe hablar de extraterritorialidad de la Convención, así se tratara de trabajadores no colombianos. Resulta francamente incomprensible sostener que el minúsculo aumento salarial —el menor de todos los que se han hecho en el país en este año ponga en peligro la estabilidad de la Empresa que liquidó miles de millones de pesos de utilidad. Que no reparte dividendos—. Que está exonerada de cargas fiscales y goza de privilegios especiales. Ya se ha visto como si de algo peca el aumento es de inequidad contra los trabajadores, en ningún caso contra la Flota. El privilegio de que gozan los salarios de los trabajadores del mar a que alude la Empresa seguramente lo constituye el impuesto del 15%, que pagan de conformidad con las resoluciones de la Junta Monetaria, por recibir sus asignaciones en divisas extranjeras. Y ya se ha visto cómo el pequeñisi-

mo aumento ni siquiera conjuga el impuesto. Así que no puede sostenerse que el Laudo debe ser declarado inexequible, por ese aspecto".

Se considera

La aplicación de la convención colectiva, y obviamente la del Laudo que la reemplaza cuando las partes no han solucionado el conflicto por sí mismas, está previsto en los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965. No pueden los árbitros cambiar las reglas establecidas en dichas disposiciones, so pena de incurrir en la violación de las mismas que contienen normas de orden público.

En el caso en estudio el pliego de peticiones se presentó para: "Modificar y adicionar el Laudo Arbitral vigente proferido en el año de 1975 y demás disposiciones arbitrales y convencionales y también las establecidas en pactos, Actas y acuerdos incorporadas a dicho Laudo encargado de regular las relaciones laborales a bordo de las unidades marítimas de bandera colombiana de propiedad de 'la Empresa y también de las que están bajo su administración'. Y en el artículo primero del fallo de 1975 dictado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para resolver el conflicto surgido entre las mismas partes, se dijo precisamente en relación con el reajuste de salarios: 'Con retroactividad al tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., procederá a reajustar los salarios de todos los trabajadores de sus unidades marítimas o de los que estén bajo su administración, en la siguiente forma...' ".

Es decir, que el conflicto fue promovido por la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "UNIMAR" para que se regularan las condiciones de trabajo tanto de los trabajadores que prestan sus servicios a bordo de las unidades marítimas de bandera colombiana de la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., como de los trabajadores que laboran en las que están bajo su administración, sin que se hubiese objetado por el patrono esa representación. Esos trabajadores pueden estar afiliados a Unimar o vinculados por contrato de trabajo con la Flota Mercante Grancolombiana. Y en el laudo de junio 13 de 1975 se aclaró por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio la frase "o de los que estén bajo su administración", así:

"La frase utilizada por el Tribunal en los puntos 1º, 3º, 9º, 11 y 12 del fallo, según la cual tales disposiciones son aplicables no solo a los trabajadores de sus unidades marítimas, sino a aquéllos que laboren en barcos 'que estén bajo su administración' deberá entenderse —en cuanto hace relación a esta última— en el sentido de que ella se refiere a aquellos barcos que no son de propiedad de la Empresa y que ésta tome en arrendamiento o que reciba en administración mediante el sistema denominado de 'casco desnudo' a que se refiere la parte motiva de esta providencia".

Y en la parte motiva de la providencia aclaratoria dijeron los árbitros:

"La primera aclaración que solicita la Empresa se refiere a la frase 'o de los que estén bajo su administración' que el Tribunal utiliza en varios puntos de la parte resolutiva del fallo. Al respecto conviene observar que ninguna de las disposiciones del Laudo puede referirse a trabajadores que no estén comprendidos en las relaciones de trabajo que el fallo disciplina.

Por tanto la mencionada frase se refiere a aquellos barcos que la Empresa toma en arrendamiento o recibe en administración mediante el sistema denominado de 'casos desnudos' que, como la misma Empresa lo dice en su escrito, se da cuando ella fleta la nave 'con todos sus elementos y aparejos a bordo' y procede a tripularla con personal vinculado a la Flota. En tal caso, es obvio que la relación de trabajo entre los tripulantes y la Empresa se rige por la legislación laboral colombiana".

Los conceptos transcritos despejan cualquier duda sobre el ámbito de aplicación del fallo arbitral que se examina, que no viola ningún derecho del patrón consagrado en la Constitución, las leyes o las convenciones colectivas.

No prospera la acusación en este aspecto.

Cuanto a que el aumento de salarios en sí mismo considerado resulta inequitativo, observa la Sala que la tendencia de la jurisprudencia de la Corte es la de que en casos de manifiesta falta de equidad pue-

dan invalidarse las disposiciones inequitativas del Laudo, pero para ello es necesario que los árbitros hayan conocido los elementos probatorios que demuestren que una decisión en determinado sentido viola el equilibrio social y económico que debe existir entre las partes. Si tal situación no se presenta, los aspectos económicos de los fallos arbitrales permanecen intocables. Sobre este particular se pronunció la Corte en sentencia de dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete, homologación de Swantex I. Menckler & Hno. Limitada, y el Sindicato de sus trabajadores, en los siguientes términos:

"Tratándose, como se trata en este punto, de una materia de carácter económico preciso es recordar que en cuanto a tales aspectos concierne, la Corte ha dicho que 'la competencia de los árbitros no tiene más límites que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores; el fallo es de pura equidad y para buscarla tiene abierto todo el campo de la situación económica de las partes'. Sobre el alcance de esta orientación jurisprudencial bueno es advertir que en lo relacionado con esa situación económica, su planteamiento debe hacerse en el momento en que se llevan a cabo las deliberaciones del Tribunal, contribuyendo de esa manera a la formación del juicio de quienes han de proferir una decisión acorde con los dictados de la justicia y los principios de la equidad. Si los elementos indicativos de la situación económica y estado de la empresa se aportan cuando se va a verificar la revisión del laudo en sede de homologación, como es el caso en estudio, la aducción de ellos resulta ineficaz, no solo por cuanto ya no pueden ser objeto de debate entre las partes, sino por la limitación que tiene la Sala para estimarlos al surtirse el recurso. La competencia que tiene ésta en la revisión de las decisiones de los árbitros cuando de conflictos de naturaleza económica se trata, es muy restringida; por eso la cita que el recurrente hace acerca de que 'aspectos de carácter estrictamente económico, que pudieran repercutir en las fianzas de la empresa, pero que no impliquen desconocimiento de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, son impropios o ajenos a las finalidades del recurso de homologación' es un argumento que obra en favor de las restricciones de la Corte cuando ella revisa el fallo. Si realmente el laudo arbitral hace gravitar sobre la empresa como se alega por el acusador y podría inclusive deducirse de los documentos agregados al escrito de sustentación del recurso cargas desproporcionadas a la capacidad económica de ella, la inoportunidad en que fueron presentados los documentos, como ya se dijo, no permite a la Corte examinar si las cargas impuestas a la Empresa por el laudo, quebrantan los principios de la equidad en que deben inspirarse los árbitros. A lo expresado anteriormente es necesario agregar que cuando la Corte afirma que los fallos en los conflictos de naturaleza económica se profieren en equidad, está entendiendo tal principio en su verdadero sentido, es decir, de justicia natural, de equilibrio, de armonía de los intereses de las partes en conflicto, pues de otra manera se caería en la arbitrariedad, en la injusticia. Por eso los elementos de estudio que se le presentan a los árbitros para decidir en equidad, deben ser analizados con detenimiento, buen juicio y responsabilidad, midiendo las consecuencias que pueden derivarse del fallo, para no quebrantar aquel sano principio. Cuando la decisión pone en peligro la estabilidad económica de la empresa, ciega la fuente que puede procurar el mejoramiento de los asalariados; así como si a éstos no se les satisfacen sus justas aspiraciones, el fallo decisorio de la controversia puede aumentar la inconformidad y al concurrir esos dos factores se pierde la fe en la institución arbitral como medio previsto por la ley para resolver los conflictos dentro de un espíritu de justicia social y de equilibrio económico. La Sala se ha detenido a hacer las anteriores observaciones por estimarlas oportunas, necesarias y convenientes, tratándose de un punto de tanta importancia; pero en virtud de las limitaciones que tiene y a la inoportunidad en la presentación de los documentos agregados por el acusador, según lo dicho antes, no puede acceder a lo pedido en este punto por el impugnador del laudo".

No encuentra la Sala que ante los árbitros se hubiese acreditado que los trabajadores de la Flota Mercante Grancolombia-

na S. A., por el hecho de devengar en dólares estén recibiendo salarios justos y privilegiados, ni que el aumento de los mismos impida los planes de expansión de la Empresa. La argumentación de los árbitros para el aumento de los salarios, es además fundamentada e indica el espíritu equitativo con el cual buscaron la solución del conflicto. Dice así:

"Como en todos los conflictos colectivos económicos, éste es el punto de divergencia entre las partes que en mayor grado y durante más tiempo ha ocupado la atención de los árbitros, con el agravante de que en nuestro caso, mucho más que en cualquiera otro similar, el enfrentamiento entre la empresa y el sindicato ha sido radical, sin el más leve indicio de aproximación. En efecto, la Unión de Marinos pide un reajuste del cincuenta por ciento no sólo sobre los salarios básicos actuales, sino también sobre el valor asignado a la alimentación a bordo, la remuneración de los trabajos especiales y de ayuda operacional, la movilización de mercancías en las naves, las operaciones con la pluma 'Stulken', las labores de aseo, las primas y los viáticos, y otros reajustes del ciento por ciento a las sobrerremuneraciones fijas mensuales de los capitanes, jefes ingenieros, contadores y enfermeros. En respaldo de su petición, aduce las crecientes necesidades de los trabajadores de sus familias, las peculiaridades de su oficio, la eficaz participación del personal en el progreso de la Flota, el castigo tributario a las rentas de trabajo y el más reciente a los salarios en dólares, todo ello enfrentado a las cifras que exhibe con orgullo la empresa como ganancias líquidas en el último ejercicio financiero, aparte de sus ganancias capitalizadas en nuevos barcos y equipos, los privilegios legislativos de que goza la Flota y la circunstancia de que reciba en dólares sus mayores ingresos. La Empresa, a su turno, se abstuvo de ofrecer cualquier aumento por considerar que sus marinos ganan salarios justos en dólares, lo cual los inmuniza de la devaluación del peso y antes los valoriza día a día; disfrutan de alimentación y alojamiento adecuados en los barcos, hoteles flotantes en todos los puertos del mundo y en todos los mares, y gozan por tanto de una situación privilegiada en relación con los demás asalariados del país. Colocado ante tan opuestas tesis, el Tribunal encuentra que en realidad los tripulantes de la Flota ganan en dólares porque prestan sus serviicos, durante la mayor parte del tiempo, fuera del país, lo cual les implica también gastos en dólares, pero sus familias residen en Colombia, gastan en pesos y sufren el impacto de la devaluación monetaria y del alza del costo de la vida, como los demás habitantes de nuestra nación. Y entre el ningún aumento ofrecido por la empresa y el cincuenta por ciento o el ciento por ciento de reajustes reclamados por la Unión de Marinos, el Tribunal ha buscado un justo medio que, en su sentir, satisfagan las aspiraciones de los trabajadores, con mayor incidencia en los salarios inferiores, sin que ponga en peligro la solidez financiera de la Empresa y sus perspectivas de futuros desarrollos".

En consecuencia no prospera la acusación por este aspecto.

En relación con la fecha a partir de la cual comienza a regir los aumentos de salarios, que el recurrente considera inexequibles por entrar a regir con anterioridad a la fecha de expedición del Laudo, la Sala estudiará la acusación conjuntamente con el cargo segundo, que se examinará de último por referirse a la vigencia de todo el fallo arbitral.

Tercer cargo

"VACACIONES, DESCANSO COMPENSATORIO REMUNERADO Y PRIMA DE VACACIONES. Las peticiones contenidas en el punto segundo del pliego del Sindicato, fueron decididas por el Tribunal de Arbitramento en el numeral segundo de la parte resolutiva del Laudo, en los términos que a continuación se transcriben: '1. El período anual de vacaciones y descansos compensatorios remunerados, actualmente en vigor, se amplía en un día más por cada año de trabajo a partir del tercero inclusive, sin pasar de setenta y cinco (75) días en total. No obstante, cuando las vacaciones correspondan a servicios prestados en naves que no haya tocado en puertos colombianos durante un año o más, serán de setenta días más los adicionales ya indicados, sin pasar de ochenta y cinco

días; y si en este caso el tripulante fuere trasladado a otra nave que si toca en puerto colombiano antes de cumplir un año de trabajo, tendrá derecho a sesenta y dos días de vacaciones si hubieren transcurrido seis meses sin que dicho tripulante haya llegado a puerto colombiano, más los días adicionales, con un límite máximo de ochenta y dos días. 2. Todo tripulante que preste o haya prestados servicios a la Empresa durante dos o más años continuos, tendrá derecho, cuando vaya a hacer uso de vacaciones en el territorio nacional, a que la Empresa le pague, junto con la remuneración de las mismas, una ayuda vacacional de ochocientos pesos ($ 800.00) por cada vacación, ayuda vacacional que no será computada para el cálculo de ninguno otro derecho de carácter laboral'. La disposición según la cual en caso de que un tripulante fuere trasladado de una nave que no haya tocado puertos colombianos durante un año o más, o a otra nave que sí toca puerto colombiano **'antes de cumplir un año de trabajo'** (se subraya), tendrá derecho a sesenta y dos días de vacaciones 'si hubieran transcurrido **seis meses** (se subraya) sin que dicho tripulante haya llegado a puerto colombiano, más los días adicionales, con un límite máximo de ochenta y dos días', y la que ordena que 'todo tripulante que preste o haya prestado servicios a la empresa durante dos o más años continuos, tendrá derecho, cuando vaya a hacer uso de vacaciones en el territorio nacional, a que la empresa le pague, junto con la remuneración de las mismas, una ayuda vacacional de ochocientos pesos ($ 800.00), en cada vacación', no implican una simple mejora económica sino que establecen prestaciones sociales nuevas respecto de riesgos que la ley no le ha impuesto al patrono ni él ha aceptado, como son las vacaciones antes de un año de servicio y el auxilio vacacional después de dos o más años continuos de labor. De consiguiente, los ordenamientos indicados deben anularse, por cuanto los árbitros al adoptarlos excedieron las facultades de que están investidos".

La réplica del opositor es así:

"Existe en el planteamiento hecho por la Empresa recurrente una equivocación de interpretación en relación con lo resuelto por los Arbitros al punto referente a vacaciones. En ningún momento ellos han afirmado que el período de vacaciones no sea anual. Lo que ha sostenido es que si el trabajador marino, dentro del año tiene un período de seis meses en un barco que no haya tocado tierra colombiana y es transferido a un barco que si toque puerto nacional, tiene derecho, al completar el año de servicios, a un tiempo adicional. Lo que sucede es que el artículo debe interpretarse en su conjunto y no parcialmente como lo presenta el recurrente. No es pues el caso de declarar inexequible lo acordado por el Tribunal ya que no excede la ley ni crea derecho diferente al consagrado entre las partes en acuerdos Convencionales".

Se considera

El punto 2º del pliego de peticiones dice lo siguiente:

"2º VACACIONES, DESCANSO COMPENSATORIO REMUNERADO Y PRIMA DE VACACIONES. En consideración a que el período actual de vacaciones y descanso compensatorio remunerado estipulado, primero, en la CLAUSULA SEPTIMA (7ª) de la Convención de 1966 y posteriormente en los laudos arbitrales de 1971, de 1973 y 1975 no alcanza a compensar sino en parte el descanso compensatorio por días dominicales y festivos, el tiempo extraordinario laborado durante el año; y siendo que debido al acelerado proceso de acomitación de los buques y los puertos, progresivamente se viene operando una cada vez más acentuada restricción de las franquicias del personal de las tripulaciones, 'la Empresa' ampliará a noventa (90) días el período anual de vacaciones y descanso compensatorio remunerado de todos 'los trabajadores'. PARAGRAFO: La prima de vacaciones estipulada para los trabajadores de tierra en la CLAUSULA SEPTIMA (7ª) de la convención firmada entre 'LA EMPRESA' y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, en 1974, se hará extensiva a los Capitanes, Oficiales y demás Tripulantes de las unidades marítimas, incrementada en un ciento por ciento (100%) con el objeto de eliminar también en este aspecto el tra-

to discriminatorio dentro de una misma empresa".

La primera parte del artículo 2º del Laudo se ajusta al pliego de peticiones, por cuanto en él se pide un aumento a noventa días de las vacaciones y compensatorios remunerados y los árbitros hicieron aumentos que no exceden de ochenta y cinco días, inferiores a los noventa días solicitados.

Considera el apoderado judicial de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., que el Tribunal de Arbitramento Obligatorio estableció que algunos trabajadores tendrían derecho a vacaciones con solo seis meses de trabajo. Aun cuando la decisión arbitral es confusa, no se desprende de la misma la creación de ese derecho, por cuanto los períodos inferiores a un año que en ella se mencionan se refieren a la llegada a puertos colombianos de las unidades marítimas en que se prestan los servicios, pero no al tiempo requerido para adquirir el derecho a disfrutar de las vacaciones, cuya disminución, por otra parte, no fue solicitada por los trabajadores.

La cláusula Séptima de la Convención Colectiva firmada en 1974 entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A., y la Asociación Nacional de Empleados de la misma y a la cual se hace referencia en el pliego, dispuso: "Todo empleado que haya prestado servicio a la Empresa durante dos (2) o más años continuos, tendrá derecho, cuando vaya hacer uso de vacaciones fuera de la localidad en que reside, a que la Empresa le pague, junto con la remuneración legal de las mismas, una Prima de Vacaciones equivalente a diez (10) días de salario integrado por los primeros dos (2) años de antigüedad, sin exceder de treinta (30) días de salario ni de quince mil pesos ($ 15.000.00) por anualidad de vacaciones, con cualquier antigüedad".

Al crear una prima fija de vacaciones por $ 800.00 para los tripulantes que hayan prestado sus servicios durante dos a más años, los árbitros se acomodaron al pliego de peticiones, sin rebasarlo, pues lo concedido es inferior a lo pedido.

Cuanto al argumento expuesto por el recurrente y consistente en que las decisiones arbitrales en el punto estudiado, "no implican una simple mejora económica sino que establecen prestaciones sociales nuevas respecto de riesgos que la ley no le ha impuesto al patrono ni él ha aceptado", basta decir que la Sala Plena de la Corte, en sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos setenta y seis rectificó la jurisprudencia que sostenía igual argumentación a la expuesta por el señor apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana. Dijo así esta Corporación:

"Un nuevo estudio de las facultades que a los árbitros otorga el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo lleva a la Corte a modificar esa jurisprudencia, lo que se hará conjuntamente por las dos Secciones de la Sala de Casación Laboral. El artículo mencionado faculta a los árbitros para decidir el conflicto de intereses o económicos en cuanto no pudo ser resuelto total o parcialmente por las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y regula esa competencia al señalar que el fallo que se dicte no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por leyes o por las normas convencionales vigentes. Esta limitación para decidir los conflictos colectivos de carácter económicos debe armonizarse con los fines que éstos persiguen, o sea el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de modo particular de las prestaciones y salariales. Los derechos y facultades que no pueden afectar los árbitros con sus fallos son en primer término los reconocidos en la Constitución Nacional, tales como el de propiedad y demás derechos adquiridos, el de asociación, reunión, huelga y todos aquellos que establecen directa o indirectamente un régimen de protección al trabajo y garantizan al empresario el ejercicio de su actividad; en segundo término los reconocidos por las leyes cuando desde el punto de vista del trabajador constituyen un mínimo que no puede afectarse y los que por ser de orden público son irrenunciables, y respecto del patrono los que emanan de su calidad de subordinante, de propietario de la empresa, de director del establecimiento; y en relación con los convencionales son aquellos que por haber consolidado situaciones subjetivas concretas o que por no haber sido propuesta su variación por parte legalmente habilitada para hacerlo, deben ser respetados en el laudo. Esta interpre-

tación conduce a darle efectividad a la regla general, acorde con su finalidad, de que los árbitros en la solución del conflicto económico deben proceder dentro de la equidad y atendiendo las circunstancias objetivas sociales y económicas del mismo, porque de lo contrario podría viciarse de inexequibilidad el laudo respectivo, y decidiendo sobre todas las peticiones de los trabajadores que no fueron objeto de acuerdo con el patrono, para acceder total o parcialmente a las mismas con las limitaciones ya vistas, o negarlas por esas circunstancias. La creación de prestaciones extralegales no efecta derecho a facultad del patrono, pues no puede tenerse como tal el hecho de que no se hubiera reconocido e impuesto de antemano a su cargo por actos aceptados por él voluntariamente. De manera que por no haberse consagrado en la ley o en las Convenciones Colectivas una determinada prestación, no por ello existe para el patrono un derecho a que no se le imponga, por lo cual no es razón para declarar la nulidad del ordenamiento arbitral que el establecimiento de nuevas prestaciones se hagan contra la voluntad o sin su consentimiento, porque las decisiones del fallo arbitral obligan a éstas si han sido tomadas dentro del marco de la equidad y no afectan sus derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y la Convención Colectiva. No debe olvidarse, además, que una de las finalidades de la convención colectiva es la de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores y que para conseguir ese objetivo los de empresas de servicios públicos carecen del instrumento de la huelga que se sustituye por el Arbitramento Obligatorio para que mediante el Laudo respectivo se le de solución al conflicto cuando las partes no se avienen voluntariamente a resolverlo. Por último, si de conformidad con la jurisprudencia que se revisa es posible a los árbitros aumentar la cuantía de las prestaciones extralegales establecidas convencionalmente, no se ve con claridad la razón para que no sea válida la creación de esas prestaciones, pues en uno y otro caso se aumentan para el patrono la carga económica, todo dentro de la finalidad del conflicto de intereses económicos, que es diferente al jurídico". (Homologación "Transportes Colombia S. A." y "Sindicato de Choferes Asalariados de Santander", 23 de julio de 1976).

De acuerdo con lo anterior los árbitros actuaron dentro del límite de sus facultades legales al aumentar los días de vacaciones y descansos compensatorios remunerados y al establecer una prima de vacaciones de $ 800.00 para todos los tripulantes con más de dos años de servicios. No prospera la acusación.

Cuarto cargo

Permisos remunerados. El punto tercero del pliego de peticiones, que versa sobre permisos remunerados, fue decidido por el Tribunal de Arbitramento en el numeral tercero de la parte resolutiva del Laudo, así: "1. Auméntase en uno el número mínimo de tripulantes a quienes la Empresa debe facilitar, cada año, que adelanten cursos en escuelas técnicas nacionales o extranjeras, conforme a la CLAUSULA 16 de la Convención Colectiva de 1957, en las mismas condiciones de remuneración y de cómputo de tiempo de servicio que vengan rigiendo para estos casos. También la Empresa deberá contribuir, por lo menos, con la mitad del costo de tales cursos. 2. Los permisos para cursos o exámenes de que trata la CLAUSULA 10 de la Convención Colectiva de 1959 serán remunerados con el 50% del respectivo salario básico. 3. En las licencias o permisos premencionados los pasajes de regreso al buque serán sufragados por la Empresa. 4. La Empresa otorgará permiso sindical permanente, remunerado con el salario básico, a dos de los miembros de la Unión de Marinos Mercantes que designe la asamblea general de la misma y por el tiempo que ella fije. El ejercicio de estos permisos se computará como servicios a la Empresa para todos los efectos legales. 5. Los permisos de carácter sindical deberán ser solicitados por la Unión a la Empresa indicando en cada caso su finalidad. (Parágrafo del punto tercero del Pliego). De conformidad con los artículos 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, el patrono puede conceder al trabajador licencias o permisos temporales, en cuyo caso se interrumpe para éste la obligación de prestar el servicio prometido, y para aquél la de pagar los salarios de los

respectivos lapsos, sin perjuicio de lo que al respecto convengan las partes. En cuanto a licencias o permisos para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización a la cual esté afiliado el trabajador, el patrono está obligado a concederlos, pero el tiempo empleado en tales licencias o permisos, salvo convención en contrario, puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de la jornada ordinaria, a opción del patrono, según lo previsto en el artículo 57 de la obra mencionada. En la cláusula 10 de la convención colectiva de 1959 se estipuló que 'Cuando un tripulante desembarque en uso de licencia con finalidad previamente comunicada a la empresa marina mercante, o para presentar examen encaminado a su ascenso profesional ante la misma entidad, el tiempo que dure dicho curso o el gastado en el examen no se descontará del tiempo de servicio para el efecto del cómputo de antigüedad pero sí para los demás efectos' (se subraya). No existe, pues, avenimiento voluntario del patrono para que la referida licencia sea remunerada. Y por lo que hace a los permisos sindicales, tampoco se ha celebrado acuerdo en el sentido de que hayan de ser remunerados. En consecuencia, la decisión arbitral acerca de la remuneración de los permisos o licencias de que tratan los incisos 2º y 4º del artículo 3º de la parte resolutiva del Laudo, deben declararse nulos, por ser contrarios a los preceptos legales mencionados, en concordancia con el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera

El punto 3º del pliego de peticiones dice: "3º PERMISOS REMUNERADOS. Los permisos remunerados de que trata la cláusula Vigésima del Laudo Arbitral de 1964, serán ampliados y obviamente remunerados e incrementados por 'la Empresa' en la misma proporción establecida en la Cláusula PRIMERA de esta misma Convención de los siguientes casos, incluyendo el suministro de pasajes aéreos de venida y regreso del trabajador, sin que en manera alguna estos permisos afecten su antigüedad: a) Cuando el trabajador tuviere que desembarcar para participar en curso de aplicación, elaboración de tesis de grado o de ascenso, o para participar en cursos de capacitación profesional o sindical, limitando en este último caso a veinte (20) los permisos durante cada año. b) Cuando el trabajador fuere elegido para asistir a las reuniones legales y estatutarias de la Asamblea General de Delegados de la Unión cuando tuviere que asistir a las reuniones de la Junta Directiva o de las comisiones sindicales cuando forme parte de ellas, incluyendo las relacionadas con la negociación de pliegos de peticiones en todas las etapas legales. PARAGRAFO. Cuando se trate de permisos de carácter sindical, es decir, para asistir a los cursos de capacitación sindical o como Delegado a las reuniones de la Asamblea General de Delegados de la Unión, de la Junta Directiva o de las comisiones de que tratan los apartes a) y b) de la presente cláusula, la Unión solicitará directamente los permisos a la 'Empresa' indicando en cada caso la causal".

La cláusula vigésima del Laudo proferido el diecinueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro dispuso:

"VIGESIMA. EXAMENES Y CURSOS DE CAPACITACION. a) La Empresa deja constancia de su interés por la mejor capacitación de su personal técnico y por tanto tomará las medidas para que por los medios de ellos durante cada año, reciban cursos en escuelas técnicas nacionales o extranjeras". (Cláusula 16 Convención de 1957). b) 'Cuando un tripulante desembarque en uso de licencia con la finalidad previamente comunicada a la empresa, de concurrir un curso de aplicación ante la Dirección General de Marina Mercante, o para presentar exámenes encaminados a su ascenso profesional ante la misma entidad, el tiempo que dure dicho curso o el gastado en el examen, no se descontará del tiempo de servicios para el efecto del cómputo de su antigüedad, pero sí para los demás efectos. 'Si concluido el curso o el examen el trabajador solicitare alguna licencia adicional, o por cualquier motivo no se reembarque, este tiempo si será descontado para el cómputo de la antigüdad'. (Cláusula 10 Convención 1959). c) 'A los oficiales que en la fecha de la firma del

presente laudo tengan más de diez (10) años de servicio a la empresa y que por falta de preparación académica no hayan podido ascender, la Flota podrá ayudarlos en el costo de los cursos por correspondencia que para mejorar su preparación técnica ellos deban tomar'. 'Para dar esta ayuda, la Flota estudiará cada caso particular'. 'Cuando el oficial haya terminado sus estudios y se considere capacitado para el cargo inmediatamente superior, la Flota nombrará una Junta Examinadora compuesta por oficiales egresados de la Escuela Naval, de mayor graduación y de la misma especialidad del aspirante, que lo examinará, por una sola vez, sobre los programas reglamentados por la Dirección de Marina Mercante y rendirá a la Empresa un informe escrito sobre el resultado del examen y un concepto general sobre el examinado'. 'Semestralmente la empresa verificará el progreso de los estudios y si se constata que éste no es satisfactorio, suspenderá la ayuda'. (Punto 20 acuerdos arreglo directo).

Observa la Corte que tanto en el pliego de peticiones como en la decisión arbitral se involucran bajo un mismo título "PERMISOS REMUNERADOS", dos situaciones diferentes, cuales son los auxilios para cursos de capacitación y exámenes y los permisos remunerados de carácter sindical. Al examinar la legalidad del punto acusado se hará la correspondiente distinción.

Auxiliar a los trabajadores para que se capaciten técnicamente es un beneficio de carácter social, con carácter de prestación en los términos del artículo 286 del Código Sustantivo del Trabajo. En la Convención Colectiva de 1957 se acordó que por lo menos dos trabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana recibirán cursos en escuelas técnicas nacionales o extranjeras y el laudo que se examina a petición del Sindicato aumentó en un trabajador el mínimo que se había estipulado convencionalmente. Pudiendo los árbitros crear nuevas prestaciones sociales si han sido solicitadas en el pliego de peticiones, dentro de los términos de la equidad, conforme a la jurisprudencia transcrita al estudiar el punto anterior, la decisión arbitral es válida, máxime si ya el patrono había aceptado la prestación con características de extralegal.

Lo mismo puede decirse de las licencias a los trabajadores para concurrir a un curso de aplicación ante la Dirección General de Marina Mercante o para presentar examen encaminado a su ascenso profesional, que constituyen beneficios con características de prestación social, en tal forma que el 50% del salario básico que deben recibir según decisión arbitral debe considerarse como una prestación social, aún en el caso de que antes no existiese esa remuneración. En la misma forma debe calificarse el pago de los pasajes de regreso al buque cuando se presentan los anteriores eventos. No hay ilegalidad en las decisiones arbitrales examinadas.

Los permisos a que se refieren los incisos 3º y 4º son de naturaleza distinta. Se trata de simples permisos para desempeñar comisiones sindicales que se encuentran regulados en la obligación 6ª del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, regulación necesaria por cuanto la concesión de tales permisos no remunerados representa una limitación a la facultad del patrono de exigirle al trabajador la prestación de servicios durante la vigencia del contrato de trabajo. Sólo la ley puede imponer la obligación de remunerarlos o estipularse en convenciones o pactos colectivos, caso este último en el cual el patrono consiente en la limitación de esa facultad que es de la esencia del contrato de trabajo. Pero si tal limitación la imponen los árbitros afectan un derecho que la ley le concede al patrono, actuando así fuera de las facultades contempladas en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre este particular la jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme. Así en sentencia de veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), dijo la Sala:

"El Código Sustantivo del Trabajo consagra ciertos derechos en calidad de condiciones mínimas de trabajo de que debe gozar el sector asalariado, y otros en condición de facultades cuyo ejercicio autónomo se garantiza al titular. Los primeros pueden ser objeto de regulación de los laudos arbitrales, porque la ley, al determinar el nivel mínimo de la correlativa obligación, virtualmente está autorizando cualquier clase de regulaciones normativas por encima de ese nivel; pero los segundos no pueden

ser alterados en sus límites sin la anuencia del titular, porque el régimen legal los asegura sólo en la justa medida que él o las partes establecen, sin exceder el límite que aquél o éstas hayan señalado. Aquéllos son susceptibles de modificaciones por la acción de la voluntad autónoma de las partes y por la de cualquiera voluntad heteronómica; éstos dependen solamente del libre consentimiento, y aún en algunos casos no sin restricciones como las establecidas en favor de los trabajadores en los artículos 340 y 343 del Código Sustantivo del Trabajo. A la segunda especie pertenece el derecho que el empleador confiere el ordinal 6º del artículo 57 del Código que se acaba de mencionar, conforme al cual 'salvo convención en contrario, al tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del patrono'. La empresa disfruta así de esta culta facultad sin más límite que el que le imponga el consentimiento mutuo de las partes, por lo cual queda por fuera de la competencia de los árbitros señalarle otro distinto al que ellas mismas han determinado. La disposición arbitral es por consiguiente inexequible, como violatoria de lo prescrito en el artículo 57 citado, y como tal habrá de declarársele para que continúe rigiendo las relaciones entre las partes lo convenido por ellas en el literal g) del artículo 6º de la convención vigente". (Homologación, Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S. A., y estas Empresas).

De acuerdo con lo expuesto se concluye que el inciso 4º del artículo 3º del Laudo recurrido viola derechos del patrono consagrados en el ordinal 6º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual carece de validez, y así se declarará. La misma suerte corre el inciso 5º, que es complemento del 4º.

Quinto cargo

Pensiones de jubilación e invalidez

La petición décima del pliego del Sindicato, sobre pensiones de jubilación e invalidez, fue decidida por el Tribunal de Arbitramento, en el numeral décimo de la parte resolutiva del Laudo, en los términos que se transcriben a continuación: "1. Las pensiones de jubilación e invalidez, cuyo derecho se cause a partir del 1º de agosto de 1977, a cargo de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., se liquidarán con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes y dentro de los límites que éstas fijan en moneda colombiana, con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente. '2. Las mesadas en moneda legal se cancelarán al tipo de cambio oficial vigente en cada pago. '3. Cuando los servicios se hayan prestado durante quince años continuos o veinte discontinuos a temperaturas anormales o en condiciones de ruidos excesivos, o emanaciones peligrosas, según dictamen técnico rendido a solicitud de parte, el tripulante tendrá derecho a pensión, cualquiera que sea su edad'. La parte final del inciso primero, contiene una decisión extra petita, en cuanto dispone que las pensiones se liquiden 'con base en el promedio de salarios devengados en los últimos **doce meses de servicios prestados efectivamente**' (se subraya) pues esta modalidad de la liquidación no fue objeto del **petitum** sindical. Además, implica una contradicción con el propio texto del mismo inciso, que se remite a 'las disposiciones legales pertinentes', ya que el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula el derecho de la jubilación, habla simplemente 'del promedio **de los salarios devengados en el último año de servicio**' (se subraya). En el inciso segundo se ordena cancelar las mesadas en moneda legal 'al tipo de cambio oficial vigente en cada pago'. En tratándose de pensionados que residen en Colombia, este ordenamiento carece de razón de ser y no tiene fundamento jurídico, si se tiene en cuenta que la pensión no es una contraprestación de servicios, o dicho en otros términos, no es salario. Desde luego, para liquidar la pensión de quien ha devengado su salario en moneda extranjera durante la ejecución del contrato de trabajo, debe tomarse el promedio de la remuneración que recibió en la respectiva moneda. Pero establecida así la base de la pensión, ya no

es el caso de referirla periódicamente al tipo de cambio oficial vigente al hacer cada pago. Y las mesadas no tendrán otras variaciones que las que se originen en los reajustes que decrete el legislador. El inciso tercero reconoce el derecho a pensión por servicios prestados durante quince años continuos o veinte discontinuos a temperaturas anormales o en condiciones de ruidos excesivos o emanaciones peligrosas. Por obvias consideraciones, la ley colombiana sobre pensiones es muy restrictiva en lo atinente a excepciones por razón de la naturaleza del servicio o de la edad. Ahora bien, al amparar con un régimen especial de jubilación a los trabajadores que soporten ruidos excesivos, o emanaciones peligrosas, no se ha adoptado por el Tribunal de Arbitramento una medida meramente económica, sino que se ha creado una norma jurídica, estableciendo una prestación social nueva respecto de riesgos que la ley no ha impuesto al patrono ni él ha aceptado. En consecuencia, es evidente que los árbitros extralimitaron sus funciones, con violación de los artículos 260, 269 (modificado por el artículo 1º del Decreto 617 de 1954), 270 y 271 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 458 **ibídem**. Por tanto, respetuosamente solicito que se declaren nulas las decisiones acusadas en este cargo".

El opositor argumenta en contra así:

"Las pensiones de jubilación, por ser el salario en moneda extranjera deben liquidarse, lógicamente en esa moneda. Y debe pagarse en esa moneda. Pero si el pago se hace en moneda colombiana, debe darse el equivalente al tipo de cambio oficial del día que se verifica el pago. Eso lo dispone la ley. Y el Laudo solamente se ha limitado a expresar el cumplimiento de esa disposición legal. Es verdad que el pensionado no recibe salario. Pero la pensión se liquida sobre el salario y por lo tanto le son aplicables las normas cambiarias del salario. Es una consecuencia del salariado. Y no cabe interpretación en perjuicio del trabajador pensionado que implique ganancia sin causa, para el patrón. Si el trabajador devenga en dólares, la pensión se liquida en dólares. Es una suma fija, no variable, que debe pagar mensualmente en dólares. Pero si la paga en moneda colombiana, es apenas natural, lógico, necesario, que esa suma en dólares, la pague el tipo de cambio oficial vigente el día del pago. No grava esta determinación del Laudo a la Empresa ni modifica la base de liquidación. Simplemente en justicia dispone que se de al trabajador lo que en derecho le corresponde".

Se considera

El punto décimo primero del pliego de peticiones dice:

"DECIMO PRIMERO. PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ. Las pensiones de jubilación e invalidez a que se refiere la Cláusula TERCERA (3ª) de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre 'la Empresa' y 'los trabajadores' el 16 de junio de 1966, incorporada al LAUDO ARBITRAL vigente, serán pagadas en la misma moneda del salario. PARAGAFO I. Con todo, el valor de dichas pensiones podrá pagarlo 'la Empresa' a los residentes en el territorio nacional en moneda colombiana al tipo de cambio vigente el día en que debe efectuarse el pago. PARAGRAFO II. Los trabajadores del Departamento de Máquinas, los Cocineros y Ayudantes de cocina, quienes tienen que desempeñar permanentemente su actividad profesional a temperaturas elevadas inclusive en horas extras y nocturnas y en días dominicales y festivos soportando grandes ruidos, la violenta trepidación de los motores y aspirando gases tóxicos que afectan sensiblemente su salud, tendrán derecho a la pensión vitalicia de jubilación a los veinte (20) años continuos o discontinuos, de servicio sin consideración a la edad. PARAGRAFO III. En consideración a que el régimen permanente de disponibilidad, al tiempo extra o suplementario diurno y nocturno, de los días dominicales y festivos a los frecuentes malos tiempos en la navegación marítima de altura y a que también los demás trabajadores del buque tienen que laborar durante algunas épocas del año a la interperie y a temperaturas muy bajas y tantos otros problemas que restringen y hasta eliminan su franquicia, todo lo cual afecta

sensiblemente la salud del trabajador, 'la Empresa' le reconocerá a los trabajadores no comprendidos en el Parágrafo anterior, la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio continuo, o a los veinticinco (25) de servicio discontinuo cualquiera que sea su edad".

Comparando la decisión arbitral contenida en el inciso 1º del artículo décimo con el pliego de peticiones se observa claramente que el Sindicato nada pidió en relación con el salario promedio que debía tomarse como base para liquidar las pensiones de jubilación e invalidez. La decisión en cuanto dice que las pensiones se liquidarán "con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente" es por lo tanto inexequible, porque el pliego de peticiones precisa la competencia de los árbitros quienes sólo pueden decidir los puntos del mismo que no pudieron ser objeto de acuerdo en las etapas de arreglo directo y conciliación, como en forma expresa lo dispone el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo décimo del Laudo no existe referencia alguna en la parte motiva. Confrontándolo con lo pedido por el Sindicato encuentra la Sala que la decisión arbitral no concuerda con el pliego de peticiones, porque en él se solicita que las pensiones de jubilación e invalidez a que se refiere la cláusula Tercera de la Convención Colectiva de Trabajo de 16 de junio de 1966, serán pagadas en la misma moneda del salario, y en relación con las pensiones que se pagan a los residentes en el territorio colombiano se faculta a la Empresa, por excepción, para que las mesadas las cancele en moneda colombiana al tipo de cambio vigente el día en que deba efectuarse el pago, y los árbitros en forma indiscriminada, sin hacer distinción alguna, impusieron a la Flota Mercante Grancolombiana la obligación, sin otra alternativa, de cancelar todas las mesadas en moneda colombiana al tipo de cambio oficial vigente en cada pago. Lo que resulta además inexplicable si previamente no se ha establecido, como se solicitó en el pliego de peticiones que las pensiones se paguen en la moneda del salario, y contradictorio con lo resuelto en el inciso 1º donde se dice que la liquidación de las pensiones se hará de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes en moneda colombiana, pues se fijan dos bases antagónicas: la primera la moneda colombiana, y la segunda una tasa de cambio al peso con alguna moneda extranjera que ni siquiera dicen cuál es. Por los motivos expuestos se invalidará el inciso 2º del punto que se estudia, por ser violatorio del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con el inciso Tercero el Tribunal de Arbitramento Obligatorio se refirió a la petición respectiva así: "En cuanto a los servicios a temperaturas o condiciones anormales, de que habla la petición, la propia ley contempla la pensión excepcional".

No obstante lo anterior el Laudo consigna una pensión de jubilación diferente a la contemplada para temperaturas anormales en los artículos 270 y 271 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el artículo 10 del Decreto 617 de 1954, para lo cual están facultados los árbitros de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, siempre y cuando no excedan lo pedido por los trabajadores ni los dictados de la equidad.

Mas al confrontar el punto undécimo del pliego con lo resuelto en el artículo DECIMO del fallo arbitral se encuentra que el segundo excede al primero así: Se solicita la pensión excepcional para los trabajadores del Departamento de Máquinas, los Cocineros y Ayudantes de Cocina, y el fallo cobija a todos los tripulantes; el tiempo de servicios para adquirir el derecho a la pensión es según el pliego de veinte años continuos o discontinuos, y el Laudo señala quince años continuos o veinte discontinuos, rebasando dicho factor notoriamente. Estos excesos de los árbitros al ejercer sus facultades conduce a la inexequibilidad del inciso 3º del artículo décimo del fallo que se examina por violación del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sexto cargo

Sobrerremuneraciones fijas mensuales para capitanes, Jefes Ingenieros, contadores y enfermeros

"En el inciso 2º del numeral primero de la parte resolutiva del Laudo, el Tribunal

de arbitramento dispone aumentar en un 15% el valor de las sobrerremuneraciones mencionadas, cuestión ésta planteada en el punto primero de las peticiones sindicales. Como la sobrerremuneración corresponde a labores efectuadas fuera de los límites de la jornada máxima legal, no tienen derecho a ella quienes están excluidos de dicha jornada, como son los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo, o ejerciten actividades intermitentes. Así está previsto en el artículo 2º de la convención aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington el 9 de octubre de 1919, relativa a la limitación del tiempo de trabajo a ocho horas diarias y a cuarenta y ocho semanales, en que se estableció la excepción siguiente: 'Las disposiciones de esta Convención no son aplicables a las personas que ocupen puestos de supervigilancia o dirección, ni a las personas ocupadas en puestos de confianza'. Es de anotar que esta Convención fue aprobada por la Ley 129 de 1931. Ciertamente las sobrerremuneraciones para el personal a que se refiere la enunciación de este cargo, está consagrada en el sistema colectivo de relaciones laborales vigentes en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S. A., Pero como se trata de una prestación **contra legem**, no está al alcance de los árbitros cohonestar esa ilegalidad, aumentando en un 15% dichas sobrerremuneraciones. En un caso como éste, la lógica aconseja que mientras la empresa no denuncia la norma convencional violatoria de la ley y prospere tal denuncia, las sobrerremuneraciones deben quedar congeladas, sin que sean susceptibles de aumento alguno. De consiguiente, respetuosamente solicito que se declare nulo el inciso 2º del numeral 1º de la parte resolutiva del Laudo, por quebranto de la Ley 129 de 1931 y de los artículos 161 y 162 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 458 **ibídem**".

El opositor manifestó: "Lo resuelto en el Laudo de un aumento del 15% no excede las facultades de los arbitradores, que son continuación de las partes. Por régimen convencional se pactó la sobrerremuneración para los citados trabajadores y por Laudos, sucesivos han venido aumentándose. Lo que se ha hecho es simplemente, de conformidad con lo pedido, aumentar la cuantía de lo que las partes habían convenido y por ello su actuación no viola ninguna disposición legal. No se encuentra, realmente, que los cargos formulados por la Empresa, contra el Laudo, tengan asidero legal. Se hacen con el simple criterio de no permitir la mejora de sus trabajadores del mar y de buscar la interpretación que más perjudique los derechos de sus servidores. Y por lo mismo es de justicia esperar que no prosperen".

Se considera

Que normas excluyan a los trabajadores de dirección, de confianza y de manejo, de la jornada máxima legal de trabajo, no es obstáculo para que las partes acuerden una sobrerremuneración fija por la labor que pueda exceder de la jornada ordinaria de trabajo. Tal estipulación sería **extra legem** y no **contra legem**, pues supera el mínimo legal que es una de las finalidades de la Convención Colectiva y de los fallos arbitrales. Si los árbitros atendiendo el pliego de peticiones aumentaron en un 15%, inferior al 100% solicitado, la prima fija pactada por las partes como sobreremuneración por el exceso de la jornada de trabajo de los Capitanes, Jefes Ingenieros, Contadores, y enfermeros, no violaron ninguna disposición legal, sino que mejoraron las condiciones laborales de esos trabajadores, acomodándose a los fines propios de los Tribunales de Arbitramento obligatorio.

Es exequible la norma acusada.

Segundo cargo

Vigencia del laudo

El punto diecisiete del pliego de peticiones del Sindicato sobre "vigencia de la convención", fue decidido en el numeral décimo sexto de la parte resolutiva del Laudo arbitral así: "El presente Laudo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir del tres (3) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976). Quedan en vigor las normas contenidas en convenciones, laudos, pactos cuyas disposiciones no se opongan a lo establecido en el presente laudo". Por idénticas razones a las que se

adujeron en el cargo anterior, resulta inexequible este numeral en cuanto ordena dar cumplimiento al presente Laudo, con retroactividad al 3 de julio de 1956 y, en consecuencia, respetuosamente solicito que se haga la declaración pertinente".

El apoderado de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia replica:

"En lo atinente a la vigencia y al reconocimiento del aumento salarial a partir del momento en que surgió el conflicto, conviene, agregar a lo dicho en memorial anterior que no existe retroactividad. El conflicto surgió en 1976. Los trabajadores presentaron su pliego de peticiones antes de que expirara el término de la anterior convención y pidieron que desde esa fecha 3 de julio de 1976 se establecieran las nuevas condiciones que han de regular las relaciones laborales. Los Arbitros están fallando ese conflicto y se han ceñido a lo solicitado en el pliego. La demora en producirse el Laudo no le da a sus estipulaciones carácter retroactivo. A los árbitros hay que situarlos en el tiempo jurídico en que nació el conflicto que están resolviendo y desde ese punto de vista que es el único lógico, no están fallando para el pasado sino para el futuro. La Corte debe volver por la jurisprudencia anterior que es la que realmente consulta la realidad y ampara en parte, los derechos de los trabajadores".

Se considera

Por iniciativa de la Sección Segunda se reunió la Sala Laboral en pleno para examinar la posibilidad de variar la doctrina contenida en el fallo de la Sala Plena proferido el 12 de noviembre de 1974 sobre la vigencia de los laudos arbitrales.

Tras largo y detenido debate, la Sala Plena con el voto afirmativo de dos de los integrantes de la Sección Segunda y por mayoría de pareceres, decidió mantener aquella doctrina.

Volvió así el asunto al conocimiento de esta Sección que, con la salvedad de opinión del Magistrado doctor Gnecco, reitera la mencionada doctrina con fundamento en las siguientes reflexiones, presentadas por el Magistrado Hernández Sáenz, a quien le correspondió la ponencia en este aspecto:

Aunque la convención colectiva de trabajo y el fallo arbitral tienen la misma finalidad: ponerle término a las negociaciones colectivas entre un patrono y el sindicato de sus trabajadores iniciadas al presentar este último un pliego de peticiones y establecer así las normas que regirán internamente las relaciones entre el empresario y quienes le prestan servicios y una y otro pueden denunciarse si existen diferencias sustanciales entre aquella y éste por razón de su origen y de su naturaleza intrínseca.

Mientras la convención colectiva surge del acuerdo de voluntades expresado libremente por el patrono y los representantes del sindicato, el laudo corresponde a una solución forzosa impuesta por la ley al empresario y al sindicato cuando no han conseguido un avenimiento sobre las pretensiones planteadas por este último.

Y mientras la convención puede superar o variar las aspiraciones contenidas en el pliego sindical y disponer lo relativo al comienzo de su vigencia de acuerdo con el interés recíproco de los celebrantes, los árbitros han de ceñirse estrictamente al contenido del pliego, sin excederlo nunca, y les está vedado vulnerar o desconocer derechos reconocidos por la Constitución, la Ley o convenciones vigentes a cualquiera de las partes (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 458).

La convención colectiva proviene directamente de los interesados, participa de la naturaleza del contrato celebrado por personas capaces de expresar válidamente su querer y sólo es revisable durante su vigencia cuando sobrevengan graves e imprevisibles alteraciones de la normalidad económica (Código Sustantivo del Trabajo, 480).

El laudo, en cambio, proviene de árbitros designados generalmente por las partes pero sin posibilidad legítima de ser sus representantes, pues deben actuar con absoluta independencia de ellas como verdaderos jueces en derecho que son, participa de la naturaleza del fallo judicial, como solución forzosa y obligatoria de un conflicto que es y contra él cabe la homologación como recurso jurisdiccional (C. P. del T., artículos 141 y 143).

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 hacía 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.

Que el laudo no pueda proyectarse hacia el pasado, a diferencia de la convención colectiva, no implica empero que mientras llega a pronunciarse haya un vacío normativo, desde luego que, así como acontece en el tiempo que duran las negociaciones colectivas que culminan en una convención, en el lapso necesario para que los árbitros se pronuncien rige interinamente el antiguo estatuto (Decreto Legislativo 616 de 1954, artículo 14, inciso 2º), lapso que, por lo demás, ha de ser breve si se cumplen a cabalidad los términos legales para que funcione el Tribunal de Arbitramento y dirima el conflicto.

Se concluye de lo anterior que las disposiciones del laudo que ahora revisa la Sala por vía de homologación y que prevén su vigencia con anterioridad a la fecha en que fue expedido, habrán de declararse inexequibles.

Queda entendido también que como la vigencia del laudo sólo puede empezar en la fecha de su expedición, o sea el 16 de junio de 1977, ella debe durar desde tal día y hasta el 1º de julio de 1978, según lo impetrado en el punto 17 del pliego de peticiones del sindicato, que fue el origen del conflicto dirimido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

Confrontadas las demás disposiciones del fallo arbitral con la Constitución, la Ley y las Convenciones Colectivas, no encuentra la Corte que afecten derechos de las partes consagradas en las mismas.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en relación con el recurso de homologación interpuesto por ambas partes contra el Laudo dictado el dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de intereses surgidos entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" y la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

Resuelve:

PRIMERO: Declárase INEXEQUIBLE la frase contenida en el inciso 1º del artículo primero del laudo recurrido que dice: "desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive";

SEGUNDO: Decláranse INEXEQUIBLES los incisos 4º y 5º del artículo tercero del fallo arbitral;

TERCERO: Declárase INEXEQUIBLE la frase "Con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente" del inciso 1º del artículo décimo del fallo arbitral;

CUARTO: Declárase INEXEQUIBLE el inciso 2º del artículo décimo del laudo.

QUINTO: Declárase INEXEQUIBLE el inciso 3º del artículo décimo del fallo arbitral;

SEXTO: Declárase INEXEQUIBLE el artículo décimo sexto del fallo recurrido en cuanto dice: "El presente Laudo tendrá una vigencia de dos años, contados a partir del tres (3) de julio de 1976".

SEPTIMO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el Laudo regirá desde el dieciséis de junio de mil novecientos setenta y seis hasta el 1º de julio de mil novecientos setenta y ocho.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y enviése el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz, Jerónimo Argáez Castello.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrados ponentes: Doctores José Eduardo Gnecco C. y Juan Hernández Saénz).

(Acta Nº 49).

En la sentencia que decidió el recurso de homologación interpuesto por ambas partes contra el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio para decidir el conflicto colectivo surgido entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia se dijo lo siguiente, folios 75:

Queda entendido también que como la vigencia del laudo sólo puede empezar en la fecha de su expedición, o sea el 16 de junio de 1977, ella debe durar desde tal día y hasta el 1º de julio de 1978, según lo impetrado en el punto 17 del pliego de peticiones del sindicato, que fue el origen del conflicto dirimido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

Sin embargo de lo anterior en la parte resolutiva del fallo, folio 76, se dispuso: "SEPTIMO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el Laudo regirá desde el dieciséis de junio de mil novecientos setenta y seis hasta el 1º de julio de mil novecientos setenta y ocho", incurriendo así en un claro error de escritura, pues en lugar de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete, se escribió dieciseis de junio de mil novecientos setenta y seis, (1976) introduciendo en esta forma una confusión con lo expuesto en la parte motiva, a la cual expresamente se refiere el transcrito artículo Séptimo de la parte resolutiva. Se impone por lo tanto, hacer la correspondiente aclaración de esta última a lo que se procederá oficiosamente por la Corte dentro del término de ejecutoria, todo de acuerdo con el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía por cuanto existe un vacío sobre el particular en el Código Procesal del Trabajo, y de acuerdo con lo expresamente previsto en el artículo 145 de este último estatuto.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, ACLARA el punto SEPTIMO de la parte resolutiva del fallo de veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y siete, proferido para decidir el doble recurso de homologación interpuesto por ambas partes contra el Laudo dictado el dieciséis de junio de mil novecientos setenta y siete por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, para dirimir el conflicto Colectivo de intereses surgido entre la Flota Mercante Gran Colombiana S. A., y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia, en el sentido de que la fecha de iniciación de la vigencia del laudo de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del fallo que se aclara es el dieciséis (16) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977).

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvo mi voto en cuanto la mayoría de la Sala estimó que es inexequible el aumento de salarios a partir del tres de julio de mil novecientos setenta y tres y declaró también inexequible el artículo décimo sexto del laudo, que señaló la vigencia del mismo a partir de esa fecha. Las razones que tengo son las mismas que expuso la mayoría de la Sala de Casación Laboral en sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CVII, número 2272, páginas 674, 675, 676 y 677, razones que considero válidas y de un gran contenido jurídico social. Dijo así 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 momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, 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 la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entren 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 toman en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implica violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida. IV. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de 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 po-

sitivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio 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 está calificada como servicio público, pueden inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con la solas limitaciones que lo son propias en virtud del artículo 456 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 aquella, 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 afecte derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o del laudo preexistentes. IX. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo. X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señalan una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste

de salarios. Así, por ejemplo, la Ley 1ª del 1º de febrero de 1963, dijo en su artículo primero: "Con retroactividad al 1º de enero de 1963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el 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 participen los aumentos de salarios, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se toman en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto. XII. En el caso que se examina, los árbitros profirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condiciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectados por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

Fecha **ut supra**.

José Eduardo Gnecco C.

TRABAJADORES OFICIALES

Basta que una persona preste sus servicios a la Administración Pública en el sostenimiento de una obra pública, para que se entienda, a la luz del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 o del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que sus relaciones están regidas por un contrato de trabajo

Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo

Indemnización por mora

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.)

(Acta Nº 48)

Ismael Salcedo, mayor, vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial al Departamento de Cundinamarca, representado por su Gobernador, para que fuese condenado a pagarle las siguientes acreencias laborales: 1º Vacaciones: Las correspondientes a su dos últimos años de servicios; 2º Prima de Navidad: La correspondiente a su último año de servicios; 3º Lucro cesante: Por este concepto los salarios correspondientes al tiempo faltante para completar su presuntivo laboral; 4º Indemnización moratoria con base en el Decreto 797 de 1949 a razón de $ 62.00 diarios más $ 800.00 de viáticos permanentes, o cuanto más se probare.

Según los hechos de la demanda Ismael Salcedo prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, desde el 17 de septiembre de 1970 hasta el 22 de enero de 1973 con el cargo de Inspector de Carreteras de la Zona occidental, mediante contrato de trabajo, estando dedicado durante todo su tiempo de servicios al mantenimiento y sostenimiento de obras públicas; fue despedido el 22 de enero de 1973 en forma unilateral e injusta, cuando devengaba una asignación de $ 62.00 diarios más $ 800.00 de viáticos permanentes; Ismael Salcedo no ha recibido el valor de los conceptos relacionados.

La demanda fue notificada al Gobernador y al Secretario de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, habiéndola contestado el primero por medio de apoderado judicial, quien se opuso a las peticiones de la —misma—, rechazando los hechos en los cuales se fundamentan.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y seis, por medio de la cual absolvió al Departamento de Cundinamarca de las prestaciones de la demanda instaurada por Ismael Salcedo, a quien condenó en costas y cuyo apoderado apeló.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso en sentencia de catorce de octubre de mil novecientos setenta y seis, que confirmó el fallo de primer grado, con costas al apelante.

Interpuso el recurso de apelación el apoderado de Ismael Salcedo. 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 contraparte.

El recurso

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Se concreta a obtener que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia acusada en cuanto absolvió al Departamento de las pretensiones por lucro cesante e indemnización moratoria, y, que constituida en Tribunal de instancia, revoque parcialmente el fallo de primer grado y en su lugar condene a la entidad demandada a pagar al actor tanto el valor del lucro cesante por despido, como la indemnización moratoria, a partir del vencimiento del plazo de gracia que concede el artículo 1º del Decreto 797 de 1949".

Con fundamento en la causal primera de casación el impugnador formula un solo cargo, así:

Cargo único

"Acuso la sentencia de violación indirecta de los artículos 1º y 11 de la Ley 6ª de 1945, como también del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, y en relación con los artículos 4º y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, a consecuencia de error evidente de hecho, por equivocada apreciación de pruebas, que más adelante se singulizarán. El error evidente de hecho consiste en no dar por establecido, estándolo plenamente, que entre las partes existió un contrato ficto de trabajo, por encontrarse la relación jurídica del demandante con la Administración Departamental dentro de uno de los eventos de excepción previstos por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y 5º del Decreto 3135 de 1968. Como consecuencia de ese error, no entró a examinar que el demandante fue despedido sin justa causa, dejando de condenar por el valor del lucro cesante demandado, como también por el valor de la indemnización moratoria por el no pago injustificado de aquel lucro cesante. Las documentales de folios 4, 8, 34, 35, 36, 40, 48 y 49, que son todas documentos públicos y por tanto se presumen auténticos, demuestran sin lugar a duda que el demandante Ismael Salcedo, durante el lapso comprendido entre el 17 de septiembre de 1970 y el 21 de enero de 1973, prestó servicios al Departamento de Cundinamarca, con un último jornal de $ 62.00 y como 'Inspector del Grupo de Conservación' de la Sección de Vías o carreteras de la Secretaría de Obras del Departamento. Todas estas probanzas fueron equivocadamente apreciadas por el juzgador de segunda instancia, porque no quiso aceptar la evidencia de que si el demandante prestó sus servicios en el tiempo antes precisado, lo hizo como Inspector de carreteras, que son obras públicas del Departamento de Cundinamarca. Y si prestó servicios inspeccionando obras del Departamento, que no pueden ser sino públicas y relativas a su construcción o sostenimiento o conservación, precisamente debe concluirse que sus relaciones de empleado con esa Entidad de Derecho Público, estuvieron regidas por un contrato ficto de trabajo, por encajar o encuadrar su relación precisamente en una de las excepciones previstas tanto en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y 5º del Decreto 3135 de 1968. Tan es evidente que el demandante laboró mediante contrato ficcionado de trabajo en el lapso ya indicado, que sirvió en el Grupo de Conservación dependiente de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas. Es que como lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte: 'Es indudable que todos los documentos relacionados por el recurrente y por el Tribunal en su sentencia muestran de modo explícito que el señor Almanza Latorre desempeñó el cargo de 'Inspector de Obras' de la Secretaría de Salud Pública del Departamento de Cundinamarca. En estas condiciones, erró el Tribunal de manera manifiesta al apreciar que esas pruebas no establecen vínculo laboral de aquél con este Departamento, pues sobran largas argumentaciones para concluir que el que tiene por oficio inspeccionar obras de una entidad oficial se halla dentro de la excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de

1945, en cuanto se refiere a 'la construcción o sostenimiento de las obras públicas'. (Casación julio 30: 1970. Ord. de Jairo Almanza contra Departamento de Cundinamarca). Y si no podía dudarse del contrato en ese caso de un Inspector de Obras de la Secretaría de Salud, menos aún es dable hacerlo con respecto de un Inspector del Grupo de Conservación de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas. Por ello se apreció también equivocadamente aquellas probanzas o documentos al considerar que indiciariamente podrían demostrar que el actor fue un empleado público, cuando es evidente que sin ningún esfuerzo fluye con meridiana convicción que un Inspector de la Sección de Vías (estas son siempre obras públicas) de la Secretaría de Obras Públicas, y sobre todo, si es del Grupo de Conservación, es y no puede ser sino un trabajador oficial, que está ligado con contrato ficcionado de trabajo. Como es ostensible el error de hecho en el cual incurrió el juzgador, deberá casarse la sentencia. A consecuencia de ese error se quebrantaron las disposiciones citadas (artículos 1º y 11 de la Ley 6ª de 1945 y 5º del Decreto 3135 de 1968) que regulan el contrato de trabajo en el sector oficial y consagran el derecho al lucro cesante por despido y a la indemnización moratoria. Quebrantadas, también indirectamente, por aplicación indebida, resultaron las normas reglamentarias (artículos 4º y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 11 del Decreto 797 de 1949) que desarrollan esas normas sustanciales".

El fallador de segunda instancia dijo sobre la naturaleza del vínculo que unió a Ismael Salcedo con el Departamento de Cundinamarca lo siguiente:

"Conforme a los postulados de la jurisprudencia vigente sobre la materia, el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público, no es el de la actividad individual de él, sino el de la dependencia administrativa a la cual presta sus servicios, lo que implica a su vez, la demostración de que la entidad respectiva que se beneficia con sus labores es de construcción o sostenimiento de las obras públicas, para ser consecuentes con los términos del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Dentro del planteamiento precedente, examinado el acervo probatorio, observa el Tribunal que si bien es cierto, según las documentales que han obrado en el proceso, el demandante desempeñó como último cargo el de 'Inspector del Grupo de Conservación de la Zona Occidental de Carreteras, dependiente de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, no es menos evidente que esta simple referencia a la nominación del cargo no es suficiente elemento de convicción para inferir la naturaleza del vínculo jurídico entre el demandante y la demandada. Y si a esta circunstancia se agrega la forma como se vinculó el demandante a la entidad demandada y la de su desvinculación que lo fue mediante actos eminentemente administrativos tales como los decretos de nombramiento y de insubsistencia, así como la existencia de posesión, que son condiciones típicas de la vinculación de derecho público y opuesta por naturaleza a la firma contractual ficta o expresa, aún por simple vía indiciaria, en el sub lite el trabajador, sin que se esté dando aplicación a la vieja tesis nominalista, comporta más la calidad de empleado público que de trabajador oficial, razón por la cual debe confirmarse el fallo absolutorio de la primera instancia con la consiguiente condenación en costas al apelante".

Se considera

En el documento de folio 4 el Jefe de Personal de la Gobernación de Cundinamarca certifica que Ismael Salcedo fue declarado insubsistente del cargo de Inspector de la Zona Occidental de Carreteras. En el oficio número 55 de 26 de enero de 1973, fl. 8, el Jefe de la Sección de Administración comunica a Ismael Salcedo que por Decreto Nº 00095 de 1973 (enero 22) fue declarado insubsistente su nombramiento como "Inspector del Grupo de Conservación de la Zona Occidental, dependiente de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas", por Decreto número 01316 de septiembre 14 de 1970, folio 30, el Gobernador de Cundinamarca nombra a Ismael Salcedo en el cargo de "Inspector en el Grupo de Conservación de la Zona Orien-

tal de Carreteras, dependiente de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas"; a folio 49 aparece el Decreto 095 de enero 22 de 1973 por medio del cual el Gobernador de Cundinamarca declara insubsistente el nombramiento del señor Ismael Salcedo "del cargo de Inspector del Grupo de Conservación de la Zona Occidental dependiente de la Sección de Vías de la Secretaría de Obras Públicas".

Los documentos analizados demuestran con claridad que Ismael Salcedo estuvo vinculado al Departamento de Cundinamarca como Inspector del Grupo de conservación, de la Zona Oriental de carreteras primero, y luego de la Zona Occidental de carreteras. Es decir, que prestó sus servicios en la conservación o sostenimiento de una obra pública, porque no otras pueden ser las funciones de quien labora como Inspector de conservación de carreteras. Salta a la vista el error notorio en que incurrió el Tribunal Superior al no dar por demostrado que el demandante trabajó en el mantenimiento de una Obra Pública y el consecuencial de que estuvo vinculado por un contrato de trabajo con el Departamento de Cundinamarca, naturaleza del vínculo que no se desvirtúa por el simple formalismo de haber sido nombrado y destituido por un Acto Administrativo y haber tomado posesión del cargo, porque a través de estos actos también pueden vincularse los trabajadores oficiales, si esa es la forma adoptada por la Administración Pública.

En resumen basta que una persona preste sus servicios a la Administración Pública en el sostenimiento de una obra pública para que se entienda, a la luz del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 o del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, para que se entienda que sus relaciones están regidas por un contrato de trabajo. Al no haber concluido de esta manera el fallador de segunda instancia violó dichas normas y las consecuenciales que consagran los derechos cuyo reconocimiento se persigue a través del recurso extraordinario y que aparecen señaladas en el cargo.

La acusación prospera y la sentencia recurrida se casará en lo pertinente. La decisión de instancia se tomará previas las siguientes CONSIDERACIONES:

A folio 34 el Jefe de la División de Administración del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, Certifica que Ismael Salcedo comenzó a prestar sus servicios el 17 de septiembre de 1970 como Inspector en la Zona Oriental de Carreteras y que prestó sus servicios hasta el 21 de enero de 1973. Como no hay constancia de que se hubiera pactado término y éste no resulta de la naturaleza del servicio, el contrato de trabajo se entiende celebrado por seis meses, con prórroga por periodos iguales, según lo disponen los artículos 8º de la Ley 6ª de 1945 y 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, es decir que cuando se dio por terminado el contrato el plazo se había prorrogado hasta el 16 de marzo de 1973, o sea que faltaban cincuenta y cinco (55) días para vencerse. En consecuencia el demandante tiene derecho a que se le pague el valor de los salarios correspondientes a esos días, conforme con lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, en relación con el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945.

De acuerdo con la certificación que obra a folio 40, el salario devengado por Ismael Salcedo entre el 1º de julio de 1972 y el 21 de enero de 1973 fue de $ 62.00 diarios. Le corresponden, haciendo las operaciones aritméticas de rigor, la suma de $ 3.410.00, a cuyo pago se condenará al Departamento previa revocatoria de la absolución que por este concepto dio el fallador de primer grado.

Cuanto a la indemnización por mora que se desprende del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, encuentra la Sala que el Departamento de Cundinamarca no manifestó motivo alguno valedero para dar por terminado el contrato de trabajo ni justificó con razones valederas la mora en el pago de la correspondiente indemnización por la terminación unilateral del contrato. En consecuencia se condenará a la entidad demandada a pagar a Ismael Salcedo la cantidad de sesenta y dos pesos ($ 62.00) diarios a partir del doce (12) de mayo de mil novecientos setenta y tres, fecha en que se cumplieron los noventa días

previstos en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y hasta cuando se cancele el valor de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo a cuyo pago ha sido condenado en este fallo.

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 dictada el catorce de octubre de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por ISMAEL SALCEDO contra el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, en cuanto confirmó la absolución del fallo de primer grado por indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo e indemnización por mora, y en sede de instancia Revoca dichas absoluciones y en su lugar RESUELVE: PRIMERO. CONDENASE al Departamento de Cundinamarca a pagar a ISMAEL SALCEDO lo siguiente: a). TRES MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS ($ 3.410.00) por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo (lucro cesante); b) SESENTA Y DOS PESOS ($ 62.00) diarios a partir del doce (12) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973) y hasta cuando se le pague el valor de la anterior condena. SEGUNDO: Sin costas en las instancias. NO SE CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DECISION UNILATERAL Y POR EXPIRACION DEL PLAZO FIJO PACTADO

(SU DIFERENCIA)

NO PUEDE DECIRSE QUE LA TERMINACION POR VENCIMIENTO DEL PLAZO OBEDECE A LA DECISION UNILATERAL, COMO OCURRE CON EL DESPIDO, SINO QUE UNA PARTE DE CUMPLIMIENTO A LO ACORDADO POR AMBAS

LA VOLUNTAD DEL PATRONO DE NO PRORROGAR EL CONTRATO, ES DISTINTO AL DESPIDO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá,D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Referencia: Expediente Nº 5794).

(Acta Nº 45).

Por medio de apoderado, **Luis María Luque González**, mayor de edad y vecino de Bogotá, demandó a la Sociedad denominada **Fábrica de Productos de Caucho "JOF" Ltda.**, para que por los trámites de un juiordinario de trabajo, fuese condenada a pagarle las sumas que resulten probadas por concepto de indemnización por despido, pensión de jubilación e indemnización por no pago.

Afirmó en el libelo que había prestado servicios a la demandada, en un comienzo como mensajero, siendo sus últimas funciones como Jefe de Personal, desde el 11 de enero de 1953, hasta el 11 de enero de 1973, fecha en la que fue despedido injustificada e ilegalmente, cuando se hallaba devengando un sueldo de $ 7.354.50 mensuales.

La empresa aceptó los hechos, haciendo la salvedad, en cuanto al segundo, de que el trabajador no fue despedido sino que no se le renovó su contrato de trabajo a término fijo. La demandada se opuso a las pretensiones del actor y solicitó se le condenara en costas.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el **Doce Laboral del Circuito de Bogotá**, desató la **litis** mediante fallo dictado el 10 de junio de 1976, absolviendo a la sociedad demandada de todas las peticiones incoadas en el libelo inicial, y condenando en costas a la parte demandante.

Apelado el fallo de primera instancia por el procurador judicial del actor, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, desató la alzada de la siguiente manera:

"1º Modifícase el artículo primero del fallo apelado, en el sentido de condenar a la sociedad demandada Fábrica de Productos de Caucho 'JOF' Ltda., a pagar al demandante Luis María Luque González, la suma de ochenta mil ochocientos noventa y nueve pesos con cincuenta centavos M/cte. ($ 80.899.50) por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

"2º Se confirma el mismo artículo primero, en cuanto absuelve de la pensión de jubilación y de la indemnización moratoria.

"3º Revócase el artículo segundo del mismo fallo y, en su lugar, se dispone que las costas del juicio en la primera instancia corren a cargo de la parte demandada, en proporción a un 50%.

"4º Sin constas en la segunda instancia".

Contra la anterior decisión proferida, el diez de septiembre de mil novecientos setenta y seis, ha interpuesto recurso de casación el apoderado de la sociedad demandada. Como dicho recurso le fue concedido por el Tribunal y ha sido admitido por esta Sala de la Corte, se le va a resolver con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de réplica.

El recurso extraordinario

Aspira a obtener la casación parcial de la sentencia, en cuanto condenó a pagar indemnización por despido injusto, para que la Corte, en función de instancia, confirme íntegramente la de primer grado que absuelve a la empresa demandada de todos los cargos formulados en la demanda y condena al demandante en el 50% de las costas.

Para tal efecto, con invocación de la causal primera de casación, formula el siguiente cargo.

Cargo único

"Violación de género directo de ley sustantiva laboral, por interpretación errónea de los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968 como legislación permanente, en relación con el artículo 4º del mismo decreto y con el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de lo cual el Tribunal violó, por aplicación indebida, el artículo 8º del citado Decreto 2351 de 1965".

En su demostración, el impugnante transcribe apartes del fallo del **ad quem** y luego expresa:

"El Tribunal interpreta erróneamente el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 porque confunde dos modos de terminación del vínculo laboral: la expiración del plazo fijo pactado (literal c-) y la decisión unilateral de cualquiera de las partes (literal h-). El primer modo no da lugar a pago de indemnización porque el artículo 4º del mismo decreto autoriza a cualquiera de las partes para expresar su determinación de no prorrogar el contrato, mediante aviso escrito dado a la otra con treinta días de anticipación; el segundo modo, en cambio, da lugar a indemnización si esa decisión unilateral no se toma como respaldo en una justa causa de aquéllas que enumera el artículo 7º del mismo decreto".

Alude, con reproducción parcial de sentencia de 1975, a la tesis de esta Sala conforme a la cual "la voluntad del patrono de no prorrogar el contrato a término fijo, cuando el trabajador lleva más de diez años continuos de servicio, equivale a despido sin justa causa", pero advierte que tal criterio fue rectificado en sentencia de 21 de septiembre de 1976, y que, además, tenía la única y exclusiva mira de preservar el derecho a la pensión de jubilación, al que no hay lugar en el presente caso, como lo reconoció el Tribunal, por carecer la empresa del capital suficiente, por lo que no cabría, ni remotamente, aplicar la doctrina de la vocación de permanencia.

Censura la afirmación de la sentencia de que el cambio del contrato a término indefinido por otro a término fijo configura una desmejora en la situación del trabajador y sostiene que tal conclusión es producto de una equivocada interpretación del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, "puesto que la norma dice con toda claridad que 'en los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador EN RELACION CON LO QUE ESTABLEZCAN LA LEGISLACION DEL TRABAJO, LOS RESPECTIVOS FALLOS ARBITRALES, PACTOS, CONVENCIONES COLECTIVAS Y REGLAMENTOS DE TRABAJO....' (Mayúsculas mías). No trata, pues, el artículo 43 de desmejoras de carácter físico sino de una desmejora de la situación del trabajador EN RELACION con la ley, un fallo arbitral, un pacto, una convención colectiva ....En el caso **sub judice**, no se compara la situación del trabajador con lo establecido en la ley, en el pacto, en la convención colectiva, etc".

Por último, para demostrar la incidencia de las violaciones que predica en la solución del litigio expone:

"El Tribunal consideró que el contrato de trabajo del señor Luque había terminado por despido por justa causa, dio aplicación al artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, revocó la decisión absolutoria del Juez y condenó a la empresa a pagar indemnización al trabajador. Si hubiera interpretado correctamente los artículos 4º, 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, habría encontrado que no hubo despido sino expiración del plazo fijo pactado, y se habría abstenido de aplicar la norma sobre indemnización".

El opositor replica el cargo valiéndose de las propias consideraciones del Tribunal; juzga bien interpretados los preceptos aplicados por éste y se opone a la prosperidad de la acusación.

Se considera

El tema planteado en el cargo ha sido objeto de cuidadoso estudio por la Sala en diferentes ocasiones. Pero el criterio que hoy impera, adoptado en Sesión Plenaria, aparece expresado en sentencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y seis, de la cual resulta pertinente reproducir los siguientes apartes:

"El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 hace diferencia clara entre la terminación del contrato por decisión unilateral y por expiración del plazo fijo pactado; son dos modos distintos de terminación del contrato, y el primero exige causal justificativa para que no haya indemnización por la ruptura unilateral.

"La Sala Plena Laboral de esta Corte dijo en sentencia de 21 de abril de 1972.

"Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 sólo constituye despido el de su literal h) que lo expresa en su concepcepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que, como la primera, recogen actos de voluntad muy diferente del consentimiento común (literal b-), o de la expiración del plazo pactado (literal c-), o del convenido con referencia a la obra (literal d-), o de que el trabajador no regrese a su empleo al desaparecer la causa de la suspensión del contrato (literal i-), como distintos son también los modos que obedecen a la muerte del trabajador (literal a-), a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e-), a la suspensión de actividades del patrono durante más de 120 días (literal f-), y a sentencia ejecutoriada (literal g-). Todos los anteriores son modos de terminación legal del contrato y como tales, en principio, no causan reparación de perjuicios. Mas respecto de la decisión unilateral, y seguramente en razón de la voluntad que la determina y de la necesidad de reglarla, el legislador distinguió entre la que tuviera justa causa, concretándolas en el artículo 7º del dicho decreto, y toda otra no señalada por él, para crear derecho a indemnización por ésta, como lo hizo en sus regulaciones del artículo 8º ibídem. Significa lo anterior que el despido tiene configuración propia y únicamente se le sanciona cuando se produce sin justa causa, por lo que las indemnizaciones del precepto octavo mencionado sólo se causan cuando el modo de terminación del contrato es esa decisión unilateral injusta.

Sistema legal que difiere del establecido anteriormente por el Código de Trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa. Lo que explica que la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el acusador, respecto de dicho Código, no sirve para situaciones que hoy difieren en su tratamiento legal, y que aun la producida por la Sala, en sentencia que asimismo se cita, ceñida a aquella jurisprudencia, confunde la terminación ilegal con la injusta, lo que ha de revisarse en sentido de que la que indemniza el texto 8º en cita es la última, y la otra será sancionable, en su caso, pero por el régimen general de los perjuicios, con su prueba, o por las referencias específicas que el asunto tenga, en el suyo, o por uno y otras, pero no por las graduaciones y cuantías del estudiado precepto que sustituyó al 64 del Código Laboral. (Gaceta Judicial, Tomo CXLII, pág. 476).

"Como el sentenciador en el presente caso entendió que la terminación por venci-

miento del plazo pactado equivalía a despido injusto por no haberse dado oportunamente el preaviso requerido, interpretó mal la norma citada en relación con los artículos 4º y 7º del mismo decreto, y consecuencialmente aplicó mal los artículos 8º del decreto mencionado y el 8º de la Ley 171 de 1961, que condenó a la indemnización y a la pensión allí previstas para los casos de terminación unilateral y no por vencimiento del plazo pactado.

"El plazo de duración del contrato de trabajo es fijado por ambos contratantes, luego no puede decirse que la terminación por vencimiento del plazo obedece a la decisión unilateral, como ocurre con el despido, sino que una parte de cumplimiento a lo acordado por ambas.

"La voluntad del patrono de no prorrogar el contrato, es distinto al despido, porque la no prórroga es el cumplimiento del acuerdo sobre plazo, que según la ley sólamente puede prorrogarse por voluntad expresa o tácita de ambas partes, y el despido no obedece a otra causa laboral, sino a la voluntad del patrono, que se justifica si para ello existe una causa justa pero no cuando carece de ella.

"Si el trabajador tuviera derecho a completar el tiempo necesario para la pensión de jubilación, no se habría consagrado la restringida sólo para los despidos, sino para todos los casos de terminación.

"Antes que preserverar un supuesto derecho 'superior' del trabajador que no aparece consagrado en la ley, lo que se hace necesario es preservar la vigencia de la misma ley, dándole aplicación y no infringiéndola.

"Si es inadmisible la equivalencia entre la terminación del contrato laboral por vencimiento del plazo y la que se opera por despido, menos puede aceptarse el que tal equivalencia sólamente ocurra cuando el trabajador tiene más de diez años de servicios, porque ello equivale a decir que esas terminaciones son distintas, pero se convierten en la misma cuando el hecho del servicio cumple el término indicado, o sea, que ese hecho modifica la naturaleza de la terminación.

"La vocación de permanencia de que habla la sentencia, sólamente cabe en los contratos a término indefinido, como lo muestran los artículos 4º, 5º y 8º del Decreto 2351 de 1965, pero no puede haber tal vocación de permanencia cuando el trabajador consciente en que el contrato tenga un término fijo.

"La invocación de la justa causa de terminación sólamente procede como lo dice el artículo 61 de la misma obra, cuando hay decisión unilateral, mas no cuando se termina el contrato por vencimiento del plazo.

"La injusticia que pueda resultar de la aplicación exacta de la ley, no puede remediarla el sentenciador, porque tendría que modificar la ley, atribuyéndose facultades que no le corresponden.

"Tampoco se puede modificar la ley so pretexto de evitar situaciones generales que no le es dable al juzgador analizar.

"Si fuera cierto que para la determinación del plazo no interviene la voluntad libre del trabajador, la ley habría prohibido la estipulación de duración fija, o limitado las prórrogas o convertido el contrato después de un período, en de duración indefinida, pero el juez no puede sustituir al legislador, ya que éste es el llamado a remediar el desequilibrio entre patrono y trabajador por medio de prohibiciones o limitaciones a la contratación, presunciones, etc., mientras el juez ha de aplicar la ley sin inclinarse a favor de ninguna de las partes, porque pecaría contra la imparcialidad que es garantía fundamental de la Administración de Justicia.

"Una cosa es interpretar la norma para que produzca efectos en el mayor número de casos, y otro forzar la ley que contra su texto claro tenga aplicación casuística y contraria a la lógica.

"El criterio de que la norma debe interpretarse en el sentido que abarque el mayor número de casos, no puede adoptarse contra los fundamentos de la ley y los efectos queridos por el legislador, porque por ese camino se llegaría en la materia de que nos ocupamos, a que toda terminación de contrato laboral produjera indemnización por despido, para que tuviera aplicación en el mayor número de casos.

"La equidad no puede aplicarse contra la ley, ni por supuestos vacíos de ella, sino 'cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido' como lo dice el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, y sin desatender la analogía, los

principios, la jurisprudencia, la costumbre, el uso, la doctrina, las convenciones y recomendaciones adoptadas por la Organización y Conferencias Internacionales del Trabajo y los principios de derecho común.

"Cuando la ley contempló el caso de terminación por despido injusto después de diez años de servicios, no ignoró la terminación por vencimiento del plazo, sino que consideró sólamente procedente la jubilación en el primer supuesto y no en el segundo, por lo cual no puede el juez sin convertirse en legislador, otorgar jubilación en un caso que la ley no consideró capaz de engendrar el derecho a la pensión, porque eso no es interpretación de la ley ni aplicación de la equidad, sino desconocimiento de la ley, de la doctrina y de los principios jurídicos.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la sentencia que es materia del recurso, partiendo de las bases equivocadas que se han señalado, consideró que el contrato de trabajo había terminado por despido sin justa causa y en aplicación de los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, confirmó la condenación por despido y ordenó el pago de pensión proporcional, cuando si hub'era interpretado correctamente los artículos 101 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º, 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, habría encontrado que no hubo despido y habría dejado de aplicar las normas sobre indemnización y sobre pensión proporcional".

Fueron, pues, equivocadamente interpretados los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, en relación con el 4º del mismo estatuto y con el 43 del Código Sustantivo del Trabajo, y como consecuencia, indebidamente aplicado el artículo 8º del mencionado Decreto.

El cargo es fundado y prospera.

Consideraciones de instancia

El último contrato escrito celebrado entre las partes, con duración fija de un (1) año, fue firmado el día 20 de enero de 1972 (folios 14 a 16). Como en dicho documento no se indica fecha distinta desde la cual deba empezarse a contar el indicado término de un año, ha de entenderse que él comenzó a regir el mismo día en que se celebró la convención y que expira el 20 de enero de 1973. Mas como se dio por terminado a partir del 11 de ese mes y año, cuando aún faltaban 9 días para vencerse el plazo, tal finalización —no respaldada por ninguno de los modos de terminación ni por alguna de las justas causas contemplados en los artículos 6º y 7º del Decreto 2351 de 1965, respectivamente— resulta ilegal e injusta y debe acarrear la consiguiente indemnización. Teniendo en cuenta que el último salario promedio mensual fue de $ 7.354.50 y que para el vencimiento del término pactado en el contrato faltaban 9 días, el valor de la correspondiente condena será de $ 2.206.35. Así se dispondrá, con modificación del pronunciamiento absolutorio 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 PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto por su ordinal 1º condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 80.899.50 por concepto de indemnización por despido injusto, y en función de instancia, MODIFICA el mismo ordinal del fallo del Juzgado, en cuanto absolvió por el mencionado extremo, y, en su lugar, CONDENA a la sociedad Fábrica de Productos de Caucho JOF Ltda., a pagar a Luis María Luque González la suma de dos mil doscientos seis pesos con treinta y cinco centavos ($ 2.206.35) por concepto de indemnización por despido injusto. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, Alejandro Córdoba Medina, Hernando Rojas Otálora.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONVENCION COLECTIVA

Para su eficacia demostrativa debe acreditarse en autos que se hubiere realizado su depósito dentro del término preceptuado en el Art. 469 del Código Sustantivo del Trabajo

SANCION MORATORIA

(Artículo 1º del Decreto 797 de 1949)

Tratándose de la indemnización por despido sin justa causa, la obligación de satisfacerla surge desde el momento en que se produce la ruptura del contrato y el trabajador no está obligado a cumplir ningún requisito para que se le reconozca el derecho a la indemnización de perjuicios por la cual el plazo de gracia de noventa días empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo

Si la terminación del contrato es con causa justa el término de gracia de los noventa días empieza a contarse a partir de la fecha en que el trabajador haya cumplido con todos los trámites y requisitos legales establecidos para que se le reconozcan los salarios e indemnizaciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello).

(Radicación: Expediente Nº 5524).

(Acta Nº 47).

El señor Mario Bonilla Plata procediendo por intermedio de apoderado judicial demandó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., con domicilio en este mismo lugar, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Se declare que entre el doctor MARIO BONILLA PLATA y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., existió un contrato de trabajo. 2º Se declare que el citado contrato de trabajo, fue terminado en forma unilateral, ilegal e injusta por la entidad demandada. 3º Se condene a la entidad a pagar los salarios por el lapso de tiempo comprendido entre el 6 y el 15 de diciembre de 1971, ambos inclusive, por concepto de SALARIOS INSOLUTOS. 4º Se condene a la entidad demandada a reajustar el valor de la CESANTIA pagada al demandante, con inclusión o teniendo en cuenta el tiempo trabajado, las primas semestrales, de vacaciones y de navidad devengadas

por el demandante. 5º Se condene a la entidad demandada a pagar la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. 6º Se condene a la Sociedad demandada a pagar la indemnización moratoria, una vez vencido el plazo de noventa (90) días señalado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 para la cancelación de las acreencias laborales adeudadas al actor. 7º Se condene a la entidad demandada a pagar las costas del juicio".

Finalizada la primera instancia el Juez de conocimiento decidió la controversia mediante sentencia de 19 de junio de 1975 en cuya parte resolutiva dijo:

"PRIMERO. CONDENASE a la entidad denominada EMPRESA DE ACUEDUCTO y alcantarillado de Bogotá, D. E., representada por su gerente doctor DANIEL RUEDA BRICEÑO, o por quien haga sus veces, a pagar, una vez en firme la presente sentencia, al demandante, doctor MARIO BONILLA PLATA, con C. C. Nº 138. 807 de Bogotá, las siguientes cantidades de dinero: a) La suma de $ 2.305.00 DOS MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS M/cte., por concepto de salarios. b) La cantidad de $ 3.592.76 TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS M/cte., por concepto de reajuste de cesantía; c) La suma de $ 13.148.00 TRECE MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS M/cte., por concepto de indemnización por terminación del contrato; y, d) La cantidad de $ 273.91 DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS M/cte., diarios, a partir del 5 de abril de 1972, inclusive, hasta la fecha en la cual se paguen las sumas que por concepto de salarios, reajuste de cesantía e indemnización por terminación del contrato que se ordenan pagar en esta sentencia, a título de indemnización moratoria; SEGUNDO. DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por la demandada. TERCERO. COSTAS a cargo de la demandada. Tásense".

Apelada la anterior providencia por ambas partes ante el Tribunal Sueprior del Distrito Judicial de Bogotá, éste dictó sentencia el 15 de marzo de 1976 en cuya parte resolutiva dijo:

"MODIFICASE los literales b), c) y d) del numeral PRIMERO del fallo apelado. En su lugar se dispone: a) CONDENASE a la entidad EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., a pagar al demandante MARIO BONILLA PLATA, la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 6.973.60) M/cte., por concepto de REAJUSTE DE CESANTIA; b) CONDENASE a la empresa demandada a pagar al demandante la suma de VEINTE MIL CIENTO CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 20.104.94), por concepto de INDEMNIZACION POR DESPIDO. c) CONDENASE a la empresa demandada a pagar al demandante la cantidad de DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON DOCE CENTAVOS ($ 293.12) DIARIOS a partir del seis (6) de abril de 1972, y hasta cuando se cancele las acreencias laborales, por concepto de INDEMNIZACION MORATORIA. SEGUNDO. CONFIRMASE en lo demás el fallo apelado. TERCERO. Sin costas en la alzada".

La demandada recurrió oportunamente en casación ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, planteando en tiempo su demanda, habiendo sido replicada dentro del término legal.

La parte demandada como Alcance de la Impugnación manifestó:

"Con el presente cargo persigue la parte demandada que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia acusada, en cuanto a la condenación que impuso en los literales b) y c) del numeral 1º de su parte dispositiva por concepto de indemnización moratoria, para que convertida la Honorable Sala de Casanción Laboral en Tribunal de Instancia revoque las condenas decretadas en los literales c) y d) del numeral primero de la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a la parte demandada de la indemnización moratoria impetrada en la demanda con que se inició el juicio".

Formula el apoderado de la demandada dos cargos, así:

Primer cargo

"CAUSAL PRIMERA DE CASACION. (artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964). Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó indirectamente, por plicación indebida, como consecuencia de errores de hecho evidentes, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 40, 43, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, artículos 19 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo. A las mencionadas infracciones llegó el sentenciador de segunda instancia como consecuencia de haber dejado de apreciar el documento auténtico que contiene la CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO suscrita entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA, el 21 de junio de 1971, que obra al folio 25 del segundo cuaderno del expediente, particularmente lo dispuesto en el artículo 20 de dicha Convención y como consecuencia de haber dejado de apreciar el interrogatorio el demandante que obra a los folios 18 y 19 el documento auténtico que obra al folio 47 del citado cuaderno del expediente, lo cual lo indujo a apreciar mal la parte de la declaración del demandante que aparece al folio 20 y el documento auténtico del folio 40, del cuaderno segundo por cuanto que todos los documentos mencionados integran un haz probatorio que debe estudiarse y valorarse conjuntamente, por referirse a la misma materia, cual es la atribución asignada legalmente al Comité de Personal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., para decidir sobre el despido del trabajador de su empresa, después de observar —como se observó—, un trámite regulado igualmente por la Convención.

La demostración del error de hecho

Para condenar a la Empresa demandada a pagarle al demandante la indemnización indicada en la sentencia acusada por concepto de lucro cesante y la indemnización moratoria por no haberse satisfecho aquélla, se apoyó el juzgador ad quem con la consideración de que la citada empresa invocó en su nota que obra al folio 40 del segundo cuaderno del expediente una norma reglamentaria, sin que los hechos invocados en esa nota como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo del demandante, fueran concretos. Al efecto dijo el nombrado fallador en su sentencia acusada: 'Como se evidencia de la lectura de la carta por medio de la cual la empresa dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo del actor, aquella se limitó a citar una norma del Reglamento de Trabajo —que no fue aportado al proceso— sin un señalamiento concreto del hecho o hechos que dieron origen a su determinación. Sobre el particular ha sido reiterada y constante la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia —acogida en igual forma por este Tribunal— en el sentido de que la simple invocación de normas legales (y debe entenderse la ley en su alcance genérico o material) no puede admitirse como justa causal de despido, pues lo que se requiere es la concreción de los hechos toda vez que alrededor de éstos gira el debate probatorio'. Y sobre indemnización moratoria dijo, concretamente: 'Del análisis de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en el caso sub judice, se ha llegado a la conclusión de que la entidad demandada a la terminación del contrato de trabajo ni dentro del plazo de gracia señalado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 canceló la totalidad de las prestaciones del actor, lo que por añeja y reiterada jurisprudencia da lugar a sancionar a la entidad de carácter oficial morosa en el pago de salarios y prestaciones con el pago de un día de salario por cada día de retardo. Por ello deberá condenarse a la entidad demandada a pagar al demandante la cantidad de $293.12 diarios a partir del 6 de abril de 1972, y hasta cuando le cancele las acreencias laborales en antes determinadas'. Más resulta que para imponer la condena por concepto de indemnización por despido e indemnización moratoria no tuvo en cuenta el sentenciador ad quem las circunstancias específicas que conforme a la Convención Colectiva de Trabajo sirvieron de antecedentes necesario a la nota que con fecha 2 de diciembre de 1971 le dirigió al De-

mandante el Gerente General de la Empresa demandada (fl. 41), pues lo cierto es que dicha nota tuvo la finalidad esencial de comunicarla al demandante lo resuelto sobre su despido por el COMITE DE PERSONAL de la empresa demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 20, numeral 4º, sobre despidos y que dice que 'para despedir a cualquier trabajador se procederá de conformidad con las siguientes normas: '.... a)... b) Perfeccionada la investigación, el Director de Relaciones Industriales ordenará la citación del COMITE DE PERSONAL para que éste decida si decreta el despido'; (fl. 25, pág. 9). Y más adelante la misma Convención en la página 10 del mismo folio y del mismo cuaderno 2º del expediente, dice: 'c) En todo caso antes de aplicarse la sanción disciplinaria, la Empresa dará oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a los dos representantes del Sindicato! Por virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la citada Convención y que el fallador de segunda instancia no tuvo presente, no corresponde directamente a la Empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., representada legalmente por su gerente, decidir sobre el despido de los trabajadores de esa Empresa oficial, sino al denominado COMITE DE PERSONAL, que es una entidad jurídica distinta de la citada Empresa, lo que incide definitivamente sobre las dos situaciones que aquí se contemplan, pues una es la decisión del COMITE DE PERSONAL, en ejercicio de una facultad legítima, sobre el despido del trabajador demandante y la otra la conducta observada por la Empresa al discutir la legalidad del cuestionado despido, con fundamento en que fue decretado por autoridad competente para ello, como lo es el expresado COMITE DE PERSONAL. Si como lo dedujeron los sentenciadores de instancia en sus respectivos fallos, no se demostró en juicio la existencia de las causales que el COMITE DE PERSONAL tuvo en cuenta para decretar el despido del trabajador demandante y en ello se fundó la condena indemnizatoria por concepto de lucro cesante, de allí no se sigue necesariamente que la condena por concepto de indemnización moratoria debe imponerse como secuela obligada de la primera condenación mencionada, como lo entendió erróneamente el juzgador de segundo grado en su sentencia acusada, porque aquélla exige tomar en cuenta otras consideraciones relacionadas con la buena fe que asista al patrono para discutir las pretensiones del demandante, como lo ha explicado insistentemente en numerosos fallos la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En el caso de autos sucedió que la Empresa demandada se apoyó desde un principio en el convencimiento honesto de que el despido del trabajador demandante fue legítimo, porque así lo resolvió el COMITE DE PERSONAL, que es la entidad competente para decidir sobre los despidos en la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D. E., conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 20 de la Convención de esa Empresa oficial. Esa buena fe con que procedió la Empresa demandada desde un principio, se evidencia en la comunicación que con fecha 2 de diciembre de 1971 (fl. 41) cuaderno 2º, le dirigió el Gerente de la Empresa al demandante, lo mismo que en el texto de las cartas dirigidas al actor por la Secretaría del COMITE DE PERSONAL (fls. 40 y 41 cuaderno 2º) de fechas 19 de noviembre de 1971 y 3 de diciembre de 1971 respectivamente. Además, para haber llegado a producir las cartas precitadas, se escuchó al demandante en su descargos y se ordenó toda la tramitación indicada en la Convención Colectiva de Trabajo (folio 25, artículo 20). El haber dejado de apreciar la expresada Convención y las suprodichas cartas, unido a la mala apreciación que hizo del documento visible al folio 47 y lo declarado por el mismo actor en el interrogatorio de parte visible a los folios 18, 19 y 20 del expediente, indujo al fallador de segundo grado (como la de la 1ª instancia) a aplicar indebidamente al caso de autos, el artículo 1º del Decreto 797 del 49. En el interrogatorio de parte (folio 20) del expediente, cuaderno segundo se le preguntó al actor: 7. Sírvase decirnos, si es cierto que usted obtuvo las copias de las dos actas del Comité del Escalafón de Profesionales sin autorización del SubGerente administrativo de la Empresa' y él contestó "Sí es cierto y aclaro que no solicité

al SubGerente administrativo como dice el doctor Vargas, el permiso correspondiente porque yo no tenía el concepto de que dichos documentos fueron reservados y en general los documentos correspondientes al escalafón de profesionales no se tenían como reservados. Leída la aprobó'. A su vez la nota tantas veces citada y que he considerado mal apreciada por los juzgadores de instancia (fl. 40 segundo cuaderno) dice textualmente: 'Atentamente me permito comunicar a usted, que el Comité de Personal en su sesión efectuada el día 18 del presente mes, decretó su despido en consideración a que la falta cometida por usted constituye causa justa para dar por terminado su Contrato de Trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 77 ordinal m) del Reglamento de la Empresa, la falta consagrada en este artículo consiste en 'Retirar de los archivos o dar a conocer documentos o informaciones a personas extrañas **sin orden escrita del SubGerente respectivo**' (el subrayado es mío). Por lo tanto, sí se invocó la causal exacta de despido. Y sobre todo es palpable, por los documentales precitados, que la Empresa obró de manifiesta buena fe. Hay más: El Honorable Tribunal dice en el fallo demandado, al transcribir un pronunciamiento de la Corte 'También es acertada la crítica que contiene la sentencia sobre la manera de expresar las causas de la terminación, pues lo que la ley quiere no es que simplemente se expresen los numerales en que ella determina las justas causas, sino precisamente que se indiquen los hechos en que se apoya el patrono, **para que el trabajador pueda defenderse** y el Juez determinar si esos hechos constituyen o nó justa causa de terminación'. (Beatríz García Roa contra Almacén Parker Limitada'. (el subrayado es mío) y me pregunto: el trabajador acaso no se defendió de los casos concretos que se le imputaron en el COMITE DE PERSONAL"?. Así creo que se ha demostrado con las pruebas que obran a los folios 18, 19, 20 y 47 del expediente, segundo cuaderno. En el orden de ideas que se deja expuesto resulta claro que aquí no puede imputársele mala fe a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., para negarle al demandante el pago de la indemnización por lucro cesante demandada, puesto que está plenamente demostrado en el proceso conforme a lo expresado antes al respecto, que de buena fe discutió administrativamente y en este proceso la legalidad del despido del demandante, con fundamento en que fue decretado por el COMITE DE PERSONAL de la citada Empresa, en el ejercicio de la atribución que al efecto le señala claramente el artículo 20 de la convención de dicha Empresa oficial. Y bien sabido es que cuando el patrono niega de buena fe la pretensión demandada, apoyado en razones serias y valederas que luego demuestra en el juicio que se le promueva —cual sucedió en el caso de autos— no puede condenársele al pago de la indemnización moratoria, como lo ha dicho reiteradamente la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sólo me resta agregar que el error en cuanto a normas legales que se mencionan para apoyar el motivo que se invoque para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, no incide sobre la buena fe con que el patrono proceda, pues lo que la ley requiere es que el patrono manifieste el motivo de la terminación, sin exigencias relativas a la forma de la expresión del motivo, como lo dijo en una oportunidad la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. (G. J. LXXX IV, pág. 568)".

El opositor en relación con el anterior cargo replicó:

Primer cargo

"Se acusa la sentencia por haber violado indirectamente, por aplicación indebida el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 en relación con los artículos 40, 43, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945, y los artículos 19 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo. Para el recurrente el sentenciador incurrió en evidente error de hecho, el cual lo hace consistir en '.... la atribución asignada al Comité de personal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., para decidir sobre el despido del trabajador de su empresa después de observar, —como se observó un trámite

regulado igualmente por la convención'. El censor atribuye a la sentencia haber dejado de apreciar la Convención Colectiva visible al fl. 25, particularmente lo dispuesto en el artículo 20 del mencionado estatuto y como consecuencia de haber dejado de apreciar el interrogatorio del demandante (fls. 18 y 19) y el documento auténtico del fl. 47, lo cual lo indujo a apreciar mal la parte de la declaración que aparece al fl. 20 y el documento auténtico del folio 40. En la formulación del cargo incurre el recurrente en varios errores de técnica que debo poner de presente a la H. Corte por ser suficientes para la desestimación de la censura. En reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha dicho que la acusación contra el Decreto 797 de 1949 artículo 1º debe complementarse con la cita de la norma cuya reglamentación tal precepto contiene. Ahora bien, el impugnador únicamente menciona el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, pero no se refiere al artículo 3º de la Ley 64 de 1946, que modificó la anterior y que es la disposición vigente posteriormente reglamentada en el año de 1949, motivo por el cual la proposición jurídica resulta formulada en forma incompleta. Dice el censor que la Convención Colectiva no fue apreciada por el Tribunal, lo cual es incorrecto porque a ella se refiere la Sala Falladora en varios apartes de su decisión (fls. 166 y 168), luego mal puede afirmarse que el mencionado convenio fue ignorado por el **ad quem**. Referente al documento del fl. 47, acta de descargos, el censor incurre en abierta contradicción, pues primero señala que no fue apreciado (fl. 8º cuaderno 2º) más adelante indica que fue mal apreciado (fl. 10 cuaderno 2º párrafo penúltimo), e igual crítica cabe formular respecto de la prueba de interroagtorio de parte del actor (fl. 18 19 y 20), impugnada primero por falta de apreciación y luego por erróneo entendimiento de la misma, en los mismos apartes de la demanda de casación que se acaban de citar. Es bien sabido que dentro de la técnica que enmarca el recurso extraordinario, no es posible atacar una misma probanza por el doble motivo anotado, pues uno y otro resultan incompatibles y por ende, conducen a la desestimación de la censura que se formula en la forma anotada. Pero es más independientemente de los anteriores razonamientos, tampoco en los aspectos de fondo la acusación está llamada a prosperar, pues el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le endilga el censor. Se apoya el fallo del Tribunal en que la carta de despido no contiene la mención de los hechos en que la demandada respaldó su determinación, limitándose a citar la norma del artículo 77 ordinal m) del Reglamento Interno de Trabajo. Cabe señalar, en primer término, que si se revisa la carta de despido del fl. 40 en parte alguna aparecen indicados concretamente los hechos imputados al actor para su retiro de la Empresa, y por ello no puede sostenerse que el sentenciador apreció erróneamente la mencionada documental, y cuando después de transcribirla recalcó la ausencia '.... de un señalamiento concreto del hecho o hechos que dieron origen a su determinación...' Sobre el particular ha sido reiterada y constante la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia acogida en igual forma por este Tribunal en el sentido de que la simple invocación de normas legales (y debe entenderse la ley en su alcance genérico o material) no puede admitirse como justa causal de despido pues lo que requiere es la concreción de los hechos toda vez que al rededor de éstos gira el debate probatorio'. Acertadamente citó el **ad quem** la sentencia del 31 de marzo de 1975, con ponencia del H. Magistrado doctor José Eduardo Gnecco en un proceso contra la misma demandada, así como la decisión proferida en el juicio de Beatríz García Roa contra Almacén Parker Ltda., con ponencia del doctor Alejandro Córdoba Medina. Y más recientemente la doctrina anterior fue reiterada en los siguientes términos: 'En efecto, cuando el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 dispone que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra la causal o motivo de la determinación, no está refiriéndose evidentemente a las normas jurídicas, sino a los hechos concretos que dicha parte considera justificativos de su decisión, y que el trabajador tiene derecho a conocer'. (Juicio de Luis

Jesús Mantilla vs. Banco Central Hipotecario) sentencia del 21 de enero de 1976; Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. Pero es más, no sólo es deficiente la misiva de despido por el aspecto anotado sino que, lo que resulta más protuberante es la ausencia en el informativo del Reglamento en el cual afirma la demandada haber respaldado su determinación. Además, la carta le atribuye al demandante haber infringido una prohibición presuntamente contenida en un Reglamento inexistente en autos, pero ni siquiera se conoce si se trata de una falta calificada como grave en dicho estatuto, que es lo que el artículo 48, numeral 8º señala como justa causa de despido. Entre otras cosas, el censor incurrió en otro error técnico al citar el artículo 107 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando las normas pertinentes que han debido señalarse como infringidas son los artículos 30 a 33 del Decreto 2127 de 1945. Después de transcribir apartes de la sentencia del Tribunal, el censor hace hincapié en el artículo 20 de la convención colectiva que trata del 'Comité de Personal' y le atribuye a aquél no haber tenido presente que 'no corresponde a la Empresa de ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., representada legalmente por su gerente decidir sobre el despido de los trabajadores de esa empresa oficial, sino al denominado COMITE DE PERSONAL, que es una entidad jurídica distinta de la citada Empresa, lo que incide definitivamente sobre las dos situaciones que aquí se contemplan, pues una es la decisión del COMITE DE PERSONAL en ejercicio de una facultad legítima, sobre el despido del trabajador demandante y la otra la conducta observada por la Empresa al discutir la legalidad del cuestionado despido, con fundamento en que fue decretado por autoridad competente para ello, como lo es el expresado 'COMITE DE PERSONAL'. (fls. 9 y 10 cuaderno 2º). Como puede observarse en las anteriores consideraciones, el censor pretende establecer una separación entre la empresa demandada y su Comité de Personal, para responsabilizar el despido injusto al segundo y exonerar a la primera que, por tal razón habría actuado de buena fe. Pero sucede que la argumentación anterior constituye un medio nuevo inadmisible en casación, pues tal aspecto de la litis no fue planteado por la demandante en las instancias, donde era pertinente hacerlo. Además, no es cierto que el Comité de Personal sea una persona jurídica distinta de la demandada. Por el contrario es un órgano de carácter interno creado por la convención colectiva en su artículo 20, integrado por cinco miembros, tres de los cuales, o sea la mayoría, son representantes de la Empresa, por manera que al decretar despidos y sanciones obra no como entidad independiente de la empresa sino como organismo creado por el estatuto convencional. Pero si ésto fuera insuficiente, bastaría con recordar que de acuerdo a la misma convención, sus determinaciones no son definitivas, pues existe el recurso de súplica ante el Gerente, quien adopta la decisión final (artículo 20 numeral 4º aparte c), tal como ocurrió en el sub lite en el cual el demandante impugnó la decisión del Comité, la cual fue confirmada por el funcionario de mayor jerarquía de la demandada (fls. 112 y 40). Pero resulta que la sanción moratoria no está fundada exclusivamente en el no pago de la indemnización por despido injusto, y antes bien, lo que afirma el fallo del Tribunal es que ni a la terminación del contrato de trabajo ni dentro del plazo de gracia señalado en el artículo 1º del Decreto 797 la demandada '..... canceló la totalidad de las prestaciones del actor, lo que por añeja y reiterada jurisprudencia da lugar a sancionar a la entidad de carácter oficial morosa en el pago de salarios y prestaciones con el pago de un día de salario por cada día de retardo'. (fls. 172 y 173). El recurrente no ataca en su libelo las condenas por salarios y prestaciones sociales, derivadas del hecho de no haber cancelado el actor los salarios de varios días laborales, ni liquidado la cesantía conforme a derecho, lo cual en ningún momento, justificó la demnada, por manera que la sanción prevista en la norma citada aparece sustentada en dicha mora diferente de la sóla consideración del despido, lo cual es suficiente para que la condena se mantenga pues de acuerdo a reiterada doctrina, de esa H. Corporación, cuando una sentencia tiene varios fundamentos, todos ellos deben ser impugnados, pues cualquiera de ellos que se mantenga incólume es sufi-

ciente para que no se produzca el quebranto de la decisión. Cabe agregar también que la falta imputada al trabajador demandante no fue demostrado por la Empresa, como lo explica extensamente el a quo, lo único que se probó es que el suscrito aportó algunos documentos en el Juzgado Décimo Laboral de Bogotá, para respaldar el derecho del demandante a la reclamación judicial allí planteada, pero en forma alguna se demostró que el Dr. Bonilla Plata hubiera sustraído documentos de los archivos de la Empresa, ni dichos documentos eran reservados, ni su presentación como prueba en un proceso pueda considerarse perjudicial para la demandada, tal como lo manifestó el mismo actor en el interrogatorio de parte (fl. 20), prueba que en forma alguna aparece mal apreciada. Además no se trató de documentos originales sino de fotocopias que según lo declaró la testigo Sra. Zorayda de Bowley, podían ser obtenidas por cualquier funcionario, dado que el escalafón de profesionales lo conocían todos los vinculados a la empresa demandada, e inclusive el Sindicato, como lo manifestó el Presidente del mismo Sr. Carlos Rodríguez García. Inclusive a dicho escalafón se refiere el artículo 22 de la Convención Colectiva, luego mal puede sostenerse que fuera un escrito reservado o secreto. Además, como también lo indicó la señorita Juez de primera instancia, una cosa es que se exija la aprobación de un funcionario para el retiro de documento, y otra bien diferente que el incumplimiento de este trámite esté erigido como causal de despido, lo cual sólo se podría establecer si el Reglamento Interno hubiera sido allegado al expediente, lo cual no ocurrió como ya se dijo. Pretende el censor que la mención de los hechos constitutivos del despido sólo es para efectos de que el trabajador puede defenderse, de lo cual infiere que en éste caso no era necesaria su alegación en la carta de retiro, en razón de que el doctor Bonilla Plata fue oído en descargos según diligencia del folio 47. En su sentir, esa es la tesis de la H. Corte expuesta en la sentencia ya citada de Beatríz García Roa vs. Almacén Parker Ltda. Pero resulta que además de esa finalidad, el fallo agrega que tal requerimiento busca igualmente que 'pueda el Juez determinar si esos hechos constituyen o no justa causa de determinación' y esto es precisamente lo que no lograron analizar los juzgadores de instancia, por la vaguedad e imprecisión de la misiva del fl. 42 en conclusión que resulta por lo tanto, inmodificable para la Corte, pues no estando demostrado el pretendido error de hecho esa H. Corporación debe respetar la soberanía del Tribunal en la apreciación de las probanzas. Finalmente, conviene señalar también que de acuerdo al artículo 20 numeral 5º aparte b) de la convención colectiva, si pasados treinta días a partir de la comisión de una falta no se hubiere decretado la sanción, aquélla prescribirá. Ahora bien, en el remoto e hipotético evento de que se llegare a considerar que la presentación de los documentos al Juzgado 10º Laboral por parte del doctor Bonilla Plata constituyera una infracción al régimen disciplinario, está claro que aquéllos fueron allegados el día 11 de octubre de 1971. (fls. 101 y 103 de las copias), por manera que necesariamente fueron obtenidos con anterioridad a esa fecha, no obstante lo cual las comunicaciones de fls. 40 y 42 son del 19 de noviembre y el 3 de diciembre del mismo año, e inclusive el acta de Comité de Personal de fls. 102 a 104 es de 18 de noviembre, por manera que ya había transcurrido más de treinta días a partir de la posible fecha en que los documentos hubieran podido ser obtenidos por el actor, y en cualquier evento 'la falta' estaría prescrita. Por todo lo anterior reitero mi petición de que éste primer cargo será rechazado".

Se considera

No tiene razón el opositor cuando pide la desestimación del cargo aduciendo que la proposición jurídica es incompleta por no haber mencionado el casacionista el artículo 3º de la Ley 64 de 1946, pues esta disposición se limitó a fijar en la justicia del trabajo la competencia para conocer de la acción correspondiente a la indemnización por incumplimiento en los contratos de trabajo, y, por ello constituye norma procesal y no sustancial que consagra el derecho a la indemnización mencionada.

Dice el recurrente que el ad quem no apreció la convención colectiva de trabajo,

específicamente la cláusula 20. Pero ocurre que la aludida convención carece de eficacia demostrativa para fundar en ella la presencia del error, pues no aparece acreditado en autos que se hubiera realizado su despósito dentro del término preceptuado en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como la eficacia de dicha prueba era fundamental para examinar el cargo en cuanto impugna la condena al pago de indemnización por despido injusto del demandante, su falta de valor, ya observada, impide la prosperidad de este aspecto del ataque. Pero como además el Tribunal no encontró establecida la existencia del Reglamento de trabajo, en una de cuyas disposiciones fundamentaba el despido el actor, concepto del Tribunal que no fue materia de acusación en el cargo y que basta como soporte de la decisión impugnada. Este aspecto del cargo no puede prosperar.

Y en lo que se refiere al ataque respecto a la condena que dispuso el Tribunal por concepto de indemnización moratoria se observa, que el Tribunal la fundó en no haberle pagado la empresa a Bonilla no sólo la indemnización moratoria sino también prestaciones sociales y como el recurrente sólo impugna esa condena en cuanto hace a la indemnización por despido, queda intacto el concepto del sentenciador sobre la mora en cuanto al pago de las prestaciones, como soporte suficiente de la condena que dispuso en cuanto a la dicha indemnización moratoria, sin que tampoco por este aspecto haya lugar a la casación del fallo acusado.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Alcance de la impugnación

"Con el presente cargo persigue la parte demandada que la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CASE PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto a que en el numeral 1º ,literal c) de su parte dispositiva condenó a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, D. E., a pagarle al demandante MARIO BONILLA PLATA la indemnización moratoria allí decretada desde el día 6 de abril de 1972, para que convertida la H. Sala de Casación Laboral en Tribunal de Instancia modifique la condena decretada en el literal d) del numeral 1º de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la indemnización moratoria allí decretada comenzará a contarse desde el día 11 de agosto de 1973 fecha en que vencieron los 90 días hábiles señalados en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, contados a partir del día en que se solicitó administrativamente el pago de la indemnización por concepto de lucro cesante, en escrito que fue presentado personalmente por el doctor Mario Bonilla P., en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., el día 23 de abril de 1973. CAUSAL PRIMERA DE CASACION (artículo 6º del Decreto Ley 528 de 1964). Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó indirectamente, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho evidentes, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1925, en relación con los artículos 40, 43, 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945. A las mencionadas infracciones llegó el sentenciador de segunda instancia como consecuencia de haber dejado de apreciar los documentos auténticos que obran a los fls. 2 y 3 del 2º cuaderno del expediente. LA DEMOSTRACION DEL ERROR DE HECHO. Para imponer la condena por concepto de indemnización moratoria, el juzgador de la 2ª instancia, siguiendo la conducta observada al respecto por el fallador a quo, en su sentencia de primera instancia, solo analizó las pruebas relativas a la comunicación que el Gerente de la Empresa oficial demandada le dirigió al demandante con fecha 2 de diciembre de 1971, para comunicarle que el COMITE DE PERSONAL de la mencionada Empresa había resuelto dar por terminado su contrato de trabajo (fl. 41) y las notas enviadas por la Secretaría del COMITE DE PERSONAL los días 19 de noviembre y 3 de diciembre de 1971, en las cuales se le comunica al demandante que dicho Comité resolvió dar por terminado su contrato de trabajo, por las causales allí anotadas y que consta en el acta del 9 de noviembre de 1971 (folio

47). Del análisis de las citadas pruebas y la consideración que no se había demostrado en juicio las causales invocadas para la terminación unilateral del contrato de trabajo del demandante, dedujo el fallador de segunda instancia (como lo hizo también el juzgador **a quo**) que era pertinente la condena que impuso por concepto de indemnización correspondiente al lucro cesante; y que como dicha indemnización que fue reclamada administrativamente, no ha sido puesta a disposición del trabajador conforme lo ordena el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es del caso darle aplicación a la sanción moratoria establecida por esa misma norma legal. Dice su razonamiento así: 'Del análisis de todas y cada una de las pretensiones de la demanda en el caso **sub judice** se ha llegado a la conclusión de que la entidad demandada a la terminación del contrato de trabajo ni dentro del plazo de gracia señalado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 canceló la totalidad de las prestaciones del actor, lo que por añeja y reiterada jurisprudencia da lugar a sancionar a la entidad de carácter oficial morosa en el pago de salarios y prestaciones con el pago de un día de salario por cada día de retardo. Por ello deberá condenarse a la entidad demandada a pagar al demandante la cantidad de $ 293.12 diarios a partir del 6 de abril de 1972, y hasta cuando le cancele las acreencias laborales en antes determinadas'. Pero no tuvo en cuenta el Tribunal de Segunda instancia la reclamación administrativa que formuló el demandante el día 23 de abril de 1971, como se evidencia en el documento que obra a los folios 2 y 3 del expediente y como lo afirma en la demanda el actor (fl. 5) o sea un año cuatro meses y dieciocho días después del retiro del trabajador demandante retiro que se produjo el día 6 de diciembre de 1971, conforme a la nota visible al folio 42. De lo que se deja expuesto resulta que la sanción moratoria debió computarse desde el día en que vencieron los noventa (90) días hábiles indicados en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, contados a partir de la fecha en que el trabajador demandante formuló la mencionada reclamación administrativa, ya que sólo en virtud de ella se enteró la Empresa demandada de las pretensiones del demandante. 'No puede tomarse como de mora injustificada de la administración pública el lapso comprendido entre la fecha de retiro del empleado o trabajador oficial y aquella en que hizo la solicitud, acompañando los comprobantes del caso', dijo la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso similar al que aquí se contempla. (Sentencia fechada el 15 de junio de 1970. G. J. Tomo CXXXIV, página 644)".

El opositor en relación con el anterior cargo, replicó:

Segundo cargo

"Se pretende con ésta censura que la H. Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal convertida en sede de instancia modifique el fallo mencionado en punto a la indemnización moratoria, para limitar la condena a partir del 11 de agosto de 1973, fecha en la cual vencieron los noventa (90) días hábiles a partir del reclamo administrativo formulado por el actor. Considera el actor que el **ad quem** incurrió en evidentes errores de hecho, los cuales lo llevaron a la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 reglamentario del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los artículos 40 43 y 48 y 51 del Decreto 2127 de 1945, infracciones ocasionadas en haber dejado de apreciar el documento auténtico visible a fls. 2 y 3 del expediente. Saltan a la vista de manera ostensible las equivocaciones en que incurre el recurrente frente a la técnica de casación, pues no menciona el artículo 3º de la Ley 64 de 1946 que es la norma vigente reglamentada por el Decreto 797 de 1949. De otra parte, cita unos artículos del Decreto 2127 de 1945, afirmando ser reglamentarios de la Ley 6ª de 1945, pero no señala las normas sustanciales contenidas en ésta y es bien sabido, de una parte, que es necesario apoyar la censura en las disposiciones sustantivas y que éstas deben citarse en forma precisa, con referencia a los artículos que se considera fueron infringidos, sin que sea suficiente una mención genérica de la Ley 6ª de 1945. De otra parte, no es exacto afirmar que el documento de fls. 2 y 3 única prueba impugnada, fue dejado de apreciar por el senten-

ciador, desde luego que éste lo menciona expresamente al referirse al agotamiento de la vía gubernativa (fl. 163), por manera que no puede afirmarse que dicha prueba no hubiera sido valorada por el Tribunal. Sostiene el casacionista que la Sala Falladora no tuvo en cuenta que sólo hasta el 23 de abril de 1973 el actor presentó la reclamación administrativa de la indemnización por lucro cesante motivo por el cual es a partir de ésta que debe contarse el término de gracia de noventa (90) días a que se refiere el decreto del año 1949, el cual, por tanto, vencía el 11 de agosto del mismo año, y por ende, en su sentir la sanción moratoria sólo es procedente imponerla a partir de la fecha últimamente mencionada. Pero sucede que el Tribunal no dejó de apreciar el documento de fls. 2 y 3, única probanza atacada, ni tampoco la atendió con error pues dedujo de ella que la vía gubernativa estaba agotada respecto de todas las peticiones de la demanda, lo cual se ajusta a la realidad. Por lo tanto si lo que el censor pretendió plantear es que el ad quem se equivocó al no entender la forma como debe computarse el término de los noventa (90) días hábiles y el monto a partir del cual se causa la sanción allí prevista, la procedente era haber impugnado el fallo por la vía directa a causa de la errónea interpretación de la regla mencionada, única forma a través de la cual la acusación pudiera ser estudiada por esa H. Corporación y resultar procedente su análisis. Aún sin tener en cuenta la anterior consideración, resulta verdad incontrovertible que la reiterada y constante doctrina de la H. Corte ha determinado que la sanción del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 procede una vez vencido el plazo de noventa (90) días señalado para que el empleador oficial pague a su servidor los salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, término que se cuenta a partir de la finalización del vínculo laboral, sin que tenga incidencia para nada la fecha del posterior reclamo que el ex-empleado debe presentar para agotar la vía gubernativa. La jurisprudencia que cita el censor en la página 10ª de su libelo se refiere a un caso totalmente diferente al de autos, decisión proferida en el juicio de José Joaquín Pérez Monsalve contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con ponencia del doctor José Enrique Arboleda Valencia, aparece en dicho proceso que no era el mencionado Instituto sino la Caja Nacional de Previsión Social la que debía pagar la cesantía al actor, y por tanto, como quiera que dicha Caja sólo reconoce tal prestación a solicitud del interesado, mientras ésta no se produce no se le puede imputar mora ni sancionarla con el pago de la indemnización correspondiente. Aquí la situación es bien diferente, pues la demanda no alegó ni se ha controvertido en ningún momento que fuera alguna Caja de Previsión la encargada de pagar la cesantía del demandante, y antes, por el contrario, las probanzas aportadas acreditan que la misma empresa es la encargada de reconocer y cubrir dicha acreencia a sus servidores, y así lo hizo con el actor (fl. 123). Sólo que la prestación no fue liquidada correctamente y además, quedaron insolutos unos salarios respecto de los cuales nunca se puede concebir que deben ser cancelados por alguna Caja de Previsión. Y además, el cargo se endereza a sostener que la indemnización por lucro cesante no fue reclamada oportunamente, mientras que la sentencia citada por el censor hace referencia a la cesantía y la diputación para su pago a cargo de la Caja, situación que es totalmente diferente. Por último el censor incurre en el mismo error que se le anotó a propósito del primer cargo, en cuanto la condena moratoria no está respaldada sólamente en la circunstancia de estar insoluta la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, sino primordialmente en la no cancelación oportuna de varios días de salario y la liquidación incorrecta de la cesantía, con omisión de todos los factores integrantes de aquel, condenas éstas que no han sido atacadas por el censor y que constituyen respaldo más que suficiente para mantener la sentencia impugnada. Como consecuencia de lo anterior, solicito igualmente que este cargo sea desestimado y reitero mi petición de que no se acceda a la casación de la sentencia".

Se considera

La sanción de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 tiene lugar al vencer el término de los noventa (90) días

de que goza el empleador para pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones, sin que afecte en manera alguna el hecho de que el reclamo del extrabajador oficial sea hecho con posterioridad al agotamiento de la vía gubernativa. En dicho sentido existe reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, en una de cuyas últimas sentencias de fecha septiembre 29 de 1977, en el proceso ordinario de Laurentino Quintero contra la misma demandada en el presente proceso, se lee:

"El plazo de noventa días que el artículo 1º del Decreto 797 de 1969 concede a las entidades oficiales para pagar a sus trabajadores vinculados por contrato de trabajo los salarios, prestaciones e indemnizaciones se cuenta a partir de la terminación del contrato, en cuanto en esa fecha se hagan exigibles tales derechos, casos hay en que la obligación no es exigible por no haberse cumplido por el trabajador ciertos trámites y requisitos para que se le reconozcan los salarios, prestaciones e indemnizaciones, como cuando respecto de prestaciones es una entidad de Previsión Social encargada de satisfacerlas, lo que no hace oficiosamente sino por petición del interesado, quien debe acompañar además los documentos que acreditan su derecho. Si ello es así y el trabajador omite cumplir oportunamente los requisitos para que le sea reconocido el derecho, es claro que no hay lugar a exigibilidad sino desde cuando se hace la respectiva solicitud en legal forma, y el plazo de gracia de los noventa días comienza a contarse a partir de ese momento. Es éste el sentido de la jurisprudencia contenida en el fallo de la Corte de quince de junio de mil novecientos setenta, citado por el recurrente. Pero en tratándose de la indemnización por despido sin justa causa, la obligación de satisfacerla surge desde el momento en que se produce la ruptura del contrato y el trabajador no está obligado a cumplir ningún requisito para que se le reconozca el derecho a la indemnización de perjuicios por lo cual el plazo de gracia de noventa días empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo. De modo que si el Tribunal Superior no dio por demostrado que los noventa días de gracia debían contarse a partir de la fecha en que el trabajador reclamó la indemnización por despido injusto con el fin de agotar la vía gubernativa no incurrió en notorio error de hecho que tuviese incidencia en la parte resolutiva del fallo acusado, pues, como se ha dicho, los noventa días deben contarse desde la terminación del contrato".

Por lo antes visto la falta de apreciación de la prueba del agotamiento de la vía gubernativa en el cargo presentado no incide en la sentencia objeto del recurso.

El ad quem funda la condena analizada en consideración a la falta de pago de la totalidad de las prestaciones sociales del actor, aspecto que constituye otro de los soportes del fallo y que el censor no atacó.

El cargo, por consiguiente es ineficaz.

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, dictada el quince (15) de marzo de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Tribunal Superior del Disrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Mala fe patronal

Prueba testimonial

(La prueba testimonial, por ser, no es de recibo la casación laboral, a menos que aparezca previamente demostrado que el Tribunal apreció erróneamente o dejó de apreciar alguno de los medios probatorios enunciados en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

(Radicación: Nº 5505).

(Acta Nº 46).

Miguel Santiago Morales, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la C. C. Nº 17'110.037 de Bogotá, solicitó por medio de apoderado que se condenara a la sociedad Jardines de la Paz de la Arquidiócesis de Bogotá S. A., a pagarle la remuneración del descanso en días domingos y festivos, comisiones, reajustes de cesantía y de primas de servicio, indemnización por terminación del contrato de trabajo, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda se expresaron así:

"El señor MIGUEL SANTIAGO MORALES, prestó sus servicios a la sociedad demandada mediante contrato de trabajo por el tiempo comprendido entre el 19 de julio de 1971 y el 28 de octubre del mismo año.

"2º Al terminar el contrato de trabajo la sociedad demandada, liquidó y pagó al trabajador cesantía y prima de servicios, con un promedio mensual de $ 14.718.00.

"3º Al trabajador le pagaron a la terminación del contrato $ 4.088.33 de cesantía e igual cantidad de $ 4.088.33 por prima de servicios.

"4º El patrono reconoció que el trabajador devengó durante el tiempo que prestó sus servicios, comisiones por valor de $ 49.600.00 y que solamente le pagaron $ 15.094.00 y que le quedaron debiendo $ 34.500.00.

"5º De acuerdo con la certificación de las comisiones pagadas, que se encuentra firmada por EMILIO FRANCO MEJIA, al trabajador solamente se le pagó el 20% de las comisiones. En esta forma el ciento por ciento sería de $ 75.470.00, y al haberle abonado $ 15.094.00, se estaría debiendo al trabajador $ 60.376.00.

"6º La comisión mínima que ganaba el trabajador era del 20% del valor de la venta.

"7º Al trabajador no se le pagaron los descansos en domingos y festivos a que tenía derecho de acuerdo con las comisiones pagos que constituyen salario, de acuerdo con el promedio diario de la semana inmediatamente anterior.

"8º El trabajador por el incumplimiento de las obligaciones por parte del patrono de no pagarle las comisiones completas, ni los descansos en domingos y festivos, se retiró de la empresa.

"9º El trabajador ha reclamado el pago del reajuste de las prestaciones y los sala-

rios y descansos retenidos, sin que hasta la fecha se le hayan cancelado.

"10. Por el no pago oportuno de los salarios, descansos dominicales y festivos, y la totalidad de las prestaciones a la terminación del contrato, la empresa demandada debe pagar al trabajador, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

El apoderado de Jardines de la Paz de la Arquidiócesis de Bogotá, S. A., no admitió ninguno de los hechos de la demanda, propuso las excepciones de inepta demanda e inexistencia de la obligación, y como posición procesal de la defensa, expresó:

"De acuerdo con las pruebas que adjunto se deduce en forma clara que el retiro del trabajador fue voluntario y que al hacerlo agradeció a la empresa su cumplimiento.

"En el recibo de prestaciones sociales en la liquidación efectuada reconoció haber recibido la totalidad de ellas y declaró a paz y salvo a la empresa por tal concepto. Así mismo declaro que había comisiones no exigibles aún pero las prestaciones correspondientes a tales comisiones las recibió el demandante a satisfacción. La empresa de acuerdo con el contrato de trabajo no estaba obligada a pagar las comisiones pendientes sino dentro del plazo estipulado tal como lo reconoce el mismo demandante en los escritos que adjunto como prueba. Mucho menos puede haber indemnización moratoria cuando se ha pagado lo justo al trabajador y este así lo ha aceptado. La liquidación se efectuó en tiempo y su pago incluyó las comisiones en ese momento exigibles. La totalidad de las comisiones que no eran exigibles cuando el demandante presentó renuncia le fueron canceladas como aparece en los libros y en el comprobante de la empresa que me permito adjuntar".

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 28 de junio de 1975, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor $ 31.782.00 por concepto de comisiones, $ 8.410.67 por descanso en domingos, $ 585.00 por descanso en festivos, $ 749.00 de reajuste de cesantía, $ 749.00 de reajuste de primas de servicio, $ 580.55 diarios a partir del 29 de octubre de 1971 y hasta cuando se cancelen las anteriores condenas por concepto de indemnización moratoria, la absolvió de las demás pretensiones e impuso a la sociedad la obligación de pagar el 90% de las costas.

Apelada esa providencia por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 26 de febrero de 1976, confirmó el fallo apelado y condenó a la empresa al pago del 90% de las costas de la alzada.

El apoderado de Jardines de la Paz de la Arquidiócesis de Bogotá, S. A., interpuso recurso de casación contra la sentencia antes mencionada, el que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a estudiarse teniendo para ello en cuenta la demanda sustentatoria y el escrito de réplica del opositor.

El recurso

Está formulado en dos cargos, con base en la causal primera de casación, y con fundamento en ellos se acusa la sentencia de segundo grado.

El alcance de la impugnación lo determina el recurrente así:

"Por medio de este recurso de casación se persigue que la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— se pronuncie en la siguiente forma:

"Casar totalmente la parte f) del numeral primero de la sentencia en cuanto condena a la empresa al pago de la indemnización moratoria por no cancelación oportuna de las prestaciones, dominicales y festivos, y en su lugar constituida la Sala en Tribunal de Instancia, absuelva a la parte demandada, JARDINES DE PAZ DE LA ARQUIDIOCESIS DE BOGOTA S. A., de las condenas de que fue objeto en dicho numeral primero, parte f) de la sentencia impugnada".

Primer cargo

El recurrente propone violación directa por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El cargo se desarrolla de la siguiente manera:

"En efecto, de acuerdo con dicha disposición hay lugar a indemnización moratoria cuando al terminar el contrato de tra-

bajo el patrono no paga los salarios y prestaciones debidos. Y establece en su numeral segundo que para exonerarse de la pena, si no hay acuerdo respecto del monto, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple su obligación consignando la suma que confiesa deber. En el caso que me ocupa se aplicó indebidamente la disposición porque pedida la condena indemnización moratoria, el fallador la aplicó a un presupuesto fáctico diferente al contemplado en ella, para que puedan producirse los efectos jurídicos sustanciales que consagra. ¿Por qué lo anterior?. Porque los hechos probados (folio 16) y aceptados por el Tribunal dicen que hubo acuerdo entre el trabajador y el patrono respecto al monto de las prestaciones sociales que éste le debía a aquél, que el primero recibió sin objeciones, reclamos ni observaciones, el respectivo pago, al paso que la norma legal contempla el caso de que no haya acuerdo entre el trabajador y el patrono sobre cuales son las prestaciones debidas y el segundo deje de pagar y de consignar parte de esas prestaciones a sabiendas de que las debe. El Tribunal no desconoce que el trabajador reconoció haber recibido al terminar el contrato lo que tanto la empresa como aquél, creyeron era lo que correspondía y recibió el correspondiente pago a satisfacción. Así las cosas, cómo o por qué razón aplicar la norma (artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo), haciéndole, repito, producir una consecuencia no querida por el legislador; la que debe pagarse indemnización aun cuando haya acuerdo de las partes sobre lo debido y se pague lo que ellas han liquidado.

"Si la empresa erró al considerar que había pagado lo debido, el trabajador también incurrió en el mismo error porque aceptó el pago sin reservarse reclamación alguna, y solamente años más tarde, cuando estaba próxima la prescripción de la acción resolvió reclamar y tal error se debió a que ambos creyeron que las comisiones incluían el pago de dominicales y feriados.

"La norma contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es una patente de corso para enriquecerse indebidamente; ella constituye una protección del trabajador contra la mala fe del patrono que, o paga o consigna una cantidad distinta de la que confiesa deber, sin que haya conformidad o acuerdo del trabajador".

En el escrito de réplica el opositor reclama la desestimación del cargo aduciendo que en él se afirma un presupuesto fáctico distinto del admitido por el Tribunal, por proponer impropiamente la indebida aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y por ser incompleta la proposición jurídica.

Cuanto al problema de fondo el opositor recurre a la jurisprudencia de esta Corporación sobre dominicales y festivos y expresa que la empresa demandada no justificó la falta de pago de las acreencias laborales a que se contrae la sentencia del ad quem. Rechaza la validez del finiquito contenido en la liquidación de prestaciones y advierte que la falta de reclamo del trabajador no es óbice para que el patrono gestione el pago de lo debido.

Se considera

No asiste razón al opositor en cuanto a que el cargo no contiene una proposición jurídica completa, porque el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es norma sustancial independiente y completa, cuya transgresión es posible al margen de cualquiera otra.

En la demostración del cargo el recurrente parte de un supuesto equivocado. Así, dice que el Tribunal dio por probado que hubo acuerdo entre el trabajador y el patrono respecto del monto de las prestaciones sociales, que recibió sin objeciones. Y que la aplicación indebida radica en que el artículo 65 ibídem "contempla el caso de que no haya acuerdo entre el trabajador y el patrono sobre cuales son las prestaciones debidas y el segundo deje de pagar y de consignar parte de esas prestaciones a sabiendas de que las debe".

Con argumentos distintos de los expuestos, el ad quem dedujo la condena a indemnización moratoria al encontrar que no se habían pagado dominicales y festivos, y porque estimó que la empresa no había alegado razón atendible para ello, pero no reconoció que al respecto existiera acuerdo entre las partes, lo cual implicaría renun-

cia a unos derechos ciertos e indiscutibles, que la ley no autoriza, y que el Tribunal encontró evidenciados en los autos. Ahora, que hubiera o no el acuerdo de que habla el recurrente, es una cuestión de hecho que el fallador de segundo grado no tuvo por demostrado, y que por ende, hace ineficaz la acusación por vía directa.

De otra parte, las razones atendibles que el patrono debe alegar y probar para justificar la falta de pago o el pago inoportuno de salarios y prestaciones, que la jurisprudencia ha denominado buena fe y ha erigido en motivo de exoneración de esa sanción, no puede fundarse en la ignorancia de la ley. De ahí que el elemento "a sabiendas" que cree ver el censor en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y sin el cual no cabría aplicarlo para condenar, no es presupuesto de esa norma.

Desde el aspecto últimamente analizado, el cargo antes que proponer aplicación indebida de la ley, se desenvuelve en el campo de la interpretación errónea, pues en esencia lo que se acusa en un entendimiento equivocado del precepto citado.

Por lo expuesto, el cargo es ineficaz.

Segundo cargo

Se acusa violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en la modalidad de aplicación indebida, proveniente del error de hecho derivado de la apreciación errónea de algunas pruebas.

En la demostración del cargo dice el censor:

"El Tribunal fundó la condena por indemnización moratoria en la razón de que existió mala fe por parte del patrono, al no cancelar la totalidad de las prestaciones sociales, comisiones no pagadas, descansos en domingos y festivos, reajuste de cesantía y reajuste de primas de servicios, a sabiendas de que los debía o a pesar de tener el convencimiento de que los debía.

"Esta apreciación fáctica del Tribunal es errada porque la Empresa al proceder al pago de las prestaciones liquidadas de común acuerdo con el trabajador, cubrió lo que legalmente ambos consideraban que correspondía y por lo tanto obró con clarísima y manifiesta buena fe. Al negarle la plena eficacia probatoria a los medios de prueba que existen en el expediente y que demuestran plenamente la buena fe patronal, o al menos descartan la mala fe, incurre en manifiesto error de hecho. Estos medios de prueba son: la liquidación de prestaciones que obra en los folios 2 y 16 firmada por el demandante y reconocida por él en interrogatorio de parte; la prueba documental firmada por el extrabajador que obra al folio 15 reconocida en el interrogatorio absuelto por el demandante que obra a los folios 32, 33, 34 y 35 del expediente, los testimonios que obran a los folios 66 a 70 y la confesión del demandante contenida en el mencionado interrogatorio de parte respecto a que tanto la empresa como él, creían que el pago de dominicales y feriados estaba incluido en las comisiones. A continuación examinaré dichas pruebas".

Se refiere luego el recurrente, en particular, a los medios de prueba que a su juicio fueron equivocadamente apreciados por el Tribunal.

Así, expresa que la carta de renuncia (folio 18) constituye un indicio en contra del actor respecto de las afirmaciones contenidas en la demanda inicial, y como tal no fue valorado por el **ad quem**.

Respecto de la liquidación de prestaciones sociales (folios 2 y 16), dice, en síntesis, que evidencia el acuerdo entre el patrono y el trabajador sobre el valor de las prestaciones; que no puede mostrar mala fe de la empresa porque el demandante no hizo salvedad alguna que le indicara a aquella inconformidad con la suma liquidada; y en razón a que no medió reclamación hasta cuando se presentó la demanda. Sobre este aspecto observa el impugnador:

"A nuestro modo de ver el sentenciador de segundo grado apreció erróneamente los documentos que obran a los folios dos y dieciséis (2 y 16) del expediente por cuanto deduce una mala fe de una prueba que nos dice claramente que lo que se configuró fue una palpable buena fe. Dice el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 2º: 'Si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda...' a **contrario sensu** cuando hay acuerdo como en este caso, no procede la indemnización moratoria porque con ella lo que se sanciona, 'es la falta

de pago de prestaciones' y esa falta de pago debe ser dolosa".

Para el recurrente, el documento del folio 15 fue apreciado erróneamente pues él contiene una forma de contrato, de manera que no era necesario exigir autorización para retener el pago de comisiones.

Más adelante el casacionista transcribe del fallo impugnado la parte pertinente a indemnización moratoria, y critica nuevamente la apreciación que el sentenciador hizo de los documentos de folios 2, 15 y 16, con argumentos similares a los ya expresados. Además, anota que en su concepto se justificaba el error del patrono, que al ser compartido por el trabajador, excluye la mala fe o el dolo, que son los elementos que generan la sanción moratoria. Y para apoyar su posición procesal sobre la conducta contractual de la parte demandada, transcribe jurisprudencia de esta Sala.

Dice el censor que el Tribunal desconoció los testimonios de Humberto Restrepo R., y Emilio Franco M., que acreditan la buena fe de la demandada, pues según ellos la empresa entendía que un porcentaje de la comisión cubría el pago de dominicales y festivos. Finalmente, manifiesta que las preguntas del interrogatorio formuladas por el apoderado del actor al representante legal de la sociedad, prueban el convencimiento de buena fe del patrono, compartido por el trabajador.

El cargo concluye así:

"El sentenciador para fundar su condena a indemnización moratoria no hace análisis probatorio alguno para determinar que sí existió mala fe y se limita a decir que por cuanto la empresa 'No canceló los valores de los dominicales y festivos, sin ninguna razón atendible... se hizo acreedora a la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo'.

En el caso que me ocupa todo el acervo probatorio se reduce a las declaraciones de parte, los testimonios citados de los señores Restrepo y Franco, el experticio para determinar el salario devengado, y el documento de liquidación, pago y recibo de las prestaciones, y de ese acervo probatorio no se puede deducir sin incurrir en evidente error, ni la más mínima indicación de mala fe patronal, y la demostración más clara de ello es que el juzgador de instancia se limita a decir, sin fundamentar su dicho, que condena porque se dejaron de pagar unos dominicales y festivos sin ninguna razón atendible".

El opositor formula reparos de orden técnico, pues considera que la acusación ha debido proponerse por la vía directa y que la proposición jurídica es incompleta. En cuanto a la cuestión de fondo, el escrito de réplica contiene argumentos similares a los expuestos en el primer cargo.

Se considera

Para demostrar el error de hecho indicado en el cargo, el recurrente tiene como pruebas erróneamente apreciadas el interrogatorio de parte del demandante y las declaraciones testimoniales de folios 66 a 70, entre otras. Sin embargo, esos medios no fueron considerados por el sentenciador, por lo cual en este aspecto la acusación se exhibe ineficaz. Además, la prueba testimonial, por ser, no es de recibo en la casación laboral, a menos que aparezca previamente demostrado que el Tribunal apreció erróneamente o dejó de apreciar alguno de los medios probatorios enunciados en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969: la confesión judicial, el documento auténtico o la inspección ocular.

La resolución condenatoria en lo relativo a indemnización moratoria, se fundamentó principalmente en la falta de alegación de razones atendibles para no cancelar el derecho del trabajador a dominicales y festivos. Tal fue la consideración del Tribunal, expresada en el pasaje siguiente de la sentencia impugnada:

"Aun que en gracia de discusión se aceptasen los argumentos esgrimidos por la demandada en su defensa para el no pago de la totalidad de las comisiones correspondientes a las ventas realizadas, que sirvieron de base para establecer el salario promedio mensual devengado por el trabajador a efecto de liquidarle sus prestaciones sociales, y que se dejaron nitidamente determinadas en el experticio, aparece demostrado de manera fehaciente que aquella no pagó al trabajador la totalidad de los salarios y prestaciones debidos al momento de la terminación del contrato de trabajo, por cuanto no canceló los valores

de los dominicales y festivos, sin ninguna razón atendible, lo que dio origen a la condena por tal concepto y a las de reajustes de prestaciones sociales. Por tanto, la sociedad demandada se hizo acreedora a la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Consecuentemente, será condenada a pagar al actor la suma de $ 580.55 diarios, a partir del 29 de octubre de 1971 y hasta cuando se cancelen los valores por las condenas anteriores, suma diaria que resulta del monto del salario promedio mensual tomando en consideración no sólo al reconocido por la empresa de $ 14.718.00, sino el de $ 2.698.50 promedio de los días festivos y dominicales, vale decir la cantidad de $ 17.416.50".

De otra parte, no existe íntima relación entre la renuncia y la reclamación de la indemnización por despido con el hecho de que el trabajador tenga o no el derecho al pago de salarios y prestaciones sociales. No equivocó el Tribunal la apreciación del documento del folio 18, que contiene esa declaración del trabajador, al no darle el carácter de indicio en contra de lo afirmado en el libelo, pues de la circunstancia de no prosperar el reclamo aludido no se deduce necesariamente la ausencia de causa de otras pretensiones.

El escrito que recoge la liquidación final de prestaciones del actor (fls. 2 y 16), se refiere únicamente a la cesantía y a la prima de servicios y por ello no prueba el pago de dominicales y festivos, ni el hecho de que las partes entendieran solucionada la remuneración correspondiente a tales descansos.

Tal escrito firmado desde luego por el trabajador, en manera alguna puede entenderse como la expresión cierta de un concurso de voluntades acerca de la totalidad de los derechos, prestaciones e indemnizaciones que le hubieran podido corresponder, pero de ningún modo significa manifestación veraz de que le han sido satisfechos en su totalidad esos u otros derechos o prestaciones, los que halló demostrados el sentenciador y que por cuanto son irrenunciables, al tenor de la ley, ordenó pagarlos.

Por lo mismo, la demandada sólo hubiera podido exonerarse de la sanción prevista en el aludido artículo 65, efectuando el pago o la consignación judicial que prevé dicha norma, sin que sea valedera la disculpa de que no los creyó deber.

El que el actor no hubiera reclamado al tiempo de efectuarse la liquidación ni con posterioridad hasta la presentación de la demanda, la remuneración de los dominicales y festivos, no exonera al patrono de la indemnización moratoria, pues la ley (artículo 65, Código Sustantivo del Trabajo), no existe esa conducta del trabajador, y, en cambio, impone al patrono el deber de cancelar a la terminación del contrato la totalidad de los salarios y prestaciones debidos. La iniciativa, pues, corresponde al patrono, aún en el caso de que el trabajador se niegue a recibir, y el incumplimiento de ese deber no puede considerarse como motivo atendible porque constituye ignorancia de la ley.

Asimismo, el error del patrono, sobre el alcance del artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, aún si es compartido por el otro contratante, no puede tenerse como bunea fe, pues también significa desconocimiento de un precepto normativo.

Desde luego, ninguno de estos dos motivos fue alegado por la empresa al contestar a la demanda, y, por ello, quedaría en pie la consideración principal del fallo.

El documento visible al folio 15 tampoco muestra el pago de los dominicales y festivos, aspecto este, que, se repite, constituye el fundamento de la condena en cuestión, ya que trata tan solo de comisiones que no eran exigibles cuando concluyó la relación laboral.

El recurrente señala como prueba erróneamente apreciada y con alcance de confesión, el cuestionario formulado por el apoderado judicial del demandante al representante legal de la sociedad, pero es claro que aun cuando él se proponga de modo asertivo sólo puede considerarse confesión si el apoderado ha sido autorizado expresamente para ello por su poderdante, ya que la ley sólo la presume para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones, y en el presente caso no se otorgó esa facultad.

El error de hecho alegado por el impugnante, no surge, entonces, de las pruebas

examinadas, por lo cual no es posible el estudio del dictamen pericial, además de que el censor se limitó simplemente a enunciarlo.

Por último, es preciso advertir que el cargo afirma al final de su desarrollo, que el Tribunal no hizo análisis probatorio alguno para determinar si existió mala fe, con lo cual se hace un planteamiento distinto del que surge del entendimiento del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La norma no establece con cargo del demandante la necesidad de probar la mala fe del patrono. Por el contrario, es a éste a quien corresponde acreditar un motivo atendible que justifique el hecho de no haber pagado oportunamente los salarios y prestaciones, si aspira a ser exonerado de la sanción.

La ausencia de tal alegación, y su prueba, hacen que el patrono deba pagar la indemnización moratoria, que fue la apreciación del ad quem porque no encontro ninguna razón atendible que demostrara la buena fe de la empresa.

El cargo, por consiguiente, 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 objeto del presente recurso, la proferida el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos setenta y seis (1976), por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del juicio ordinario de Miguel Santiago Morales contra Jardines de la Paz de la Arquidiócesis de Bogotá, S. A.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Hernando Rojas Otálora, Alejandro Córdoba Medina, Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

Vicente Mejía Osorio. Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

No incurrió el Tribunal Superior en reformatio in pejus al absolver a la Universidad Nacional de Colombia que había sido condenada solidariamente con la Caja de Previsión Social, que también fue absuelta

El personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia se considera como empleados públicos

De acuerdo con la letra E) del artículo 11 de la Ley 65 de 1963 el personal administrativo de la Universdad Nacional de Colombia se encuentra vinculado a la misma mediante una relación de derecho público, por lo cual, bajo esta norma, el demandante se consideraba como un empleado público

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre nueve de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta Nº 51).

Manuel Angel Rodríguez, mayor, vecino, de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la **Universidad Nacional de Colombia,** establecimiento público representado por su Rector, para que previos los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle lo siguiente:

"1ª. Por concepto de indemnización por TERMINACION UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO, el valor de lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo, SUBSIDIARIAMENTE, el valor del LUCRO CESANTE como consecuencia del despido injusto, según la Ley. 2ª. Por concepto de INDEMNIZACION MORATORIA, el valor que legalmente le corresponda a mi mandante contada a partir del vencimiento del plazo de que trata el Decreto 797 de 1949, a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta cuando se realice el pago de la indemnización convencional o legal por despido. También solicito que se condene a la Universidad Nacional de Colombia por el pago total de las costas y gastos que lleguen a causarse en razón de este juicio".

Según los hechos de la demanda Manuel J. Angel Rodríguez trabajó al servicio de la Universidad Nacional de Colombia en desarrollo de un contrato de trabajo, desempeñando el cargo de Secretario Habilitado de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, desde el cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro hasta el treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, habiendo devengado durante el último año de servicios un salario promedio de $ 2.798. 33, y siendo despedido injustamente y sin previo aviso; el demandante estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia, por lo cual se encuentra amparado por las Convenciones Colectivas vigentes, que regulan el procedimiento que debe observarse para despedir a un trabajador, cualquiera que fuere la dependencia en donde prestó sus servicios personales, y que no se observó

con el demandante. La Universidad Nacional de Colombia actúa como patrono autónomo, y no ha reconocido ni pagado ninguna de las acreencias que se reclaman.

Al contestar la demanda el apoderado judicial de la Universidad Nacional de Colombia negó los hechos y se opuso a todas y cada una de las peticiones. En la primera audiencia de trámite propuso la excepción de ilegitimidad de la personería, pues la demanda fue dirigida contra la Universidad Nacional de Colombia y el demandante prestó sus servicios a la Caja de Previsión Social de la Universidad, que es una entidad autónoma que goza de personería jurídica y tiene patrimonio propio. También propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción.

En la misma audiencia el apoderado del actor en el juicio corrigió la demanda en el sentido de que ésta va dirigida contra la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, solidariamente con la Universidad Nacional de Colombia.

Corrido traslado de la demanda a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, ésta la contestó negando los hechos y oponiéndose a las pretensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, por cuanto entre las partes no medió contrato de trabajo, y la de declinatoria de jurisdicción, como consecuencia del mismo hecho.

Cumplido el trámite de la primera instancia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dictó sentencia el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y tres, en cuya parte resolutiva dispuso: "PRIMERO. CONDENAR como en efecto CONDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, a pagar al señor MANUEL J. ANGEL RODRIGUEZ, identificado con la C. de C. Nº 48.148 expedida en Bogotá, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, las siguientes cantidades de dinero: a). Por concepto de indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo, la suma de VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 27.983.30) Mda. Cte. b). La suma de NOVENTA Y TRES PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS ($ 93.22) Mda. Cte. diarios, a partir del día 20 de febrero de 1969, por concepto de INDEMNIZACION MORATORIA. SEGUNDO. DECLARAR como en efecto DECLARA NO PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, por cuanto no fue probada en el proceso. TERCERO. Sin costas en esta instancia".

El apoderado de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia interpuso el recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, decidió el recurso en fallo dictado el diez y ocho de agosto de mil novecientos setenta y seis, que Revocó el de primer grado y en su lugar absolvió de todas las peticiones de la demanda a la Universidad Nacional y a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, condenando en costas a la parte demandante.

Recurrió en casación el apoderado de Manuel J. Angel Rodríguez. Concedido el recurso por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo estudio de la demanda extraordinaria y de la réplica de la parte opositora.

Alcance de la impugnación

Lo formula así el recurrente: "Con el presente recurso extraordinario de casación se pretende que la H. Corte Suprema de Justicia CASE TOTALMENTE la sentencia de segunda instancia en los numerales primero y segundo de su parte resolutiva, y una vez constituida la Corporación en sede de instancia confirme los numerales primero a) y b) y segundo del fallo del **a quo** y REVOQUE el tercero para, en su lugar, condenar a las demandadas a pagar las costas en ambas instancias".

El recurrente formula un cargo con base en la causal segunda y otro con fundamento en la causal primera, que se estudiarán en su orden.

Cargo primero

"Acuso la sentencia de segunda instancia por la causal segunda de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, que modificó el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, por haber quebrantado el principio de la reformatio

in pejus al contener la decisión del sentenciador disposiciones que hicieron más gravosa la situación de la parte demandante. Conforme a reiterada jurisprudencia de ésa H. Corporación, al invocar esta causal no es necesario, señalar como violadas normas sustanciales laborales sino que basta con demostrar la agravación en que incurrió el sentenciador contra los intereses del apelante (Casación del 19 de febrero de 1973; juicio de María Lizcano de Illidge contra la Beneficiencia y Asistencia Pública del Magdalena y Otra; Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco Correa). La sentencia de primera instancia condenó a la Universidad Nacional y a la Caja de Previsión Social de la misma a pagar las sumas allí indicadas por indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo e indemnización moratoria (fls. 184 a 188). El fallo del **a quo** únicamente fue recurrido por la Caja de Previsión Social y por el demandante, a través de sus apoderados (fls. 190 a 191), no así por la Universidad Nacional de Colombia, que desde un principio actúo como (sic) apoderado independiente y como entidad autónoma de la Caja, lo cual significa que aquélla se conformó con la decisión del juzgador de primer grado, sin que tampoco existiera en su favor el grado jurisdiccional de la consulta, instituido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral, únicamente en favor de la Nación, los Departamentos y los Municipios, no así en defensa de los intereses de otras entidades oficiales, como también lo ha enseñado en varias oportunidades la H. Corte, entre ellas en la jurisprudencia anteriormente citada, con ponencia del mismo Magistrado que ahora conoce de éste recurso. De lo anterior se infiere con facilidad que el fallo del **a quo** quedó ejecutoriado en lo que respecta a la Universidad Nacional, pues su apoderado se conformó con ella y no interpuso oportunamente el recurso de alzada, luego mal podía el sentenciador revocarla en lo que a la misma respecta, pues el ámbito de la apelación quedó limitado a los puntos de inconformidad de los dos únicos apelantes, la Caja de Previsión y el actor. Al revocar la decisión del Juzgado del conocimiento y absolver a la Universidad Nacional de Colombia hizo más gravosa la situación de la parte actora, en lo que respecta a la eliminación de las condenas impuestas a dicha entidad, con lo cual incurrió en quebranto del principio de la **reformatio in pejus**, motivo por el cual la sentencia debe quebrantarse y, en su lugar, mantener las referidas condenas en lo que respecta a la demandada Universidad Nacional de Colombia. No sobra anotar que las dos demandadas actuaron en **litis consorcio** simplemente facultativo y por ende, en sus relaciones con la parte demandante deben ser considerados como litigantes separados y los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio del otro, conforme al mandato del artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral conforme al artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. De ninguna manera se puede considerar a la Universidad Nacional y la Caja de Previsión como **litis consortes** necesarios, al tenor de lo preceptuado en el artículo 51 **ibídem**, pues no es forzoso que la cuestión litigiosa se resuelva de manera uniforme para aquellos. En consecuencia, la apelación que contra el fallo de primer grado interpuso el apoderado de la Caja demandada no podía haber beneficiado a la Universidad Nacional, respecto de la cual el fallo del **a quo** quedó ejecutoriado y la decisión del sentenciador únicamente podía producir consecuencias jurídicas respecto de la Caja o del actor, únicos recurrentes".

Se considera

Al corregir la demanda en la primera audiencia de trámite para incluir a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional como demandada con el fin de que fuese condenada solidariamente con la Universidad Nacional, dijo el apoderado del actor en el juicio:

"La Universidad ha aceptado la creación y funcionamiento de un Sindicato de Trabajadores oficiales con los cuales presentan sus pliegos de peticios que son discutidos y aceptados por la Entidad patronal en la cual están incluidos los trabajadores de la Caja de Previsión de la Universidad Nacional que no es más que una Entidad dependiente de la Universidad".

El concepto de que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Co-

lombia es dependiente de dicha Universidad fue acogido expresamente por el Tribunal Superior cuando dijo:

"Ahora bien: tal como lo afirma la demanda y se probó en el proceso, el cargo desempeñado por el demandante fue el de secretario habilitado de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional. Precisa observar, que, aunque esta entidad es según se desprende del acuerdo Nº 3 de 1954 expedido por la Junta Directiva de la misma una Corporación autónoma con patrimonio propio se rige por las disposiciones de carácter general del consejo directivo de la Universidad y por las facultades que le confiere sus estatutos, por lo que ha de considerarse que es dependiente o subsidiaria de ésta. De suerte que, si se estima, acorde con éste planteamiento que el vínculo jurídico de dependencia es con la Universidad, quien por demás es demandada solidariamente es preciso examinar si la relación entre ésta y el actor tiene carácter contractual, vale decir, si está dentro de las excepciones previstas en el artículo 4º del citado Decreto".

Si la Caja de Previsión Social demandada es una dependencia de la Universidad Nacional de Colombia, entidad ésta última con la cual estuvo vinculado jurídicamente el demandante según conclusión no desvirtuada del fallador de segunda instancia, su gerente o director tenía facultades para interponer recursos a nombre de la principal demandada, conforme lo establece el artículo 35 del Código Procesal del Trabajo. Y si se considera la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia como una persona jurídica distinta de la Universidad Nacional de Colombia, al ser demandadas solidariamente y condenadas en la misma forma, el recurso que interpuso se entiende también interpuesto por la otra persona jurídica con la cual integra la parte demandada. Sobre el particular se pronunció esta Sala de la Corte en los siguientes términos:

"Y también es sabido que cuando se impone una condena solidaria, como lo era la que se deja mencionada, el recurso que interponga o que obra por ministerio de la ley en provecho de cualquiera de los codeudores beneficia procesalmente a los demás, ya que la obligación surgida del fallo judicial es una sola, aunque su satisfacción pueda exigirse a una o más personas indistintamente, por estar vinculadas por la solidaridad declarada entre ellas". (Sentencia de Jairo Antonio Mena Pérez Vs. Municipio de Cúcuta y el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta, septiembre veintidós de mil novecientos setenta y siete).

Amparando a la Universidad Nacional de Colombia el recurso interpuesto por la Caja de Previsión Social de la misma, no incurrio el Tribunal Superior en reformatio in pejus al absolver a la primera entidad que había sido condenada solidariamente con la segunda, que también fue absuelta.

Por las razones expuestas no prospera la acusación.

Cargo segundo

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, que modificó el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, por violación indirecta, a causa de la aplicación indebida de los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945, 4º, 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945, modificadc este último por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, y 2º y 3º de la Ley 64 de 1946 y artículo 1º de la Ley 65 de 1963. La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma indirecta, por haberlas aplicado indebidamente el sentenciador al caso sub lite, pues con fundamento en ellas absolvió a las entidades demandadas de todas las súplicas de la demanda, siendo así que su correcta aplicación ha debido conducirlo a imponer las condenas por concepto de indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria suplicadas en el libelo introductorio del proceso. En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho, que de modo ostensible aparecen en los autos y que son los siguientes: a) No dar por demostrado, estándolo, que la vinculación que rigió los servicios personales prestados por el demandante a las demandadas estuvo regida por un contrato de trabajo; b) No dar por demostrado, estándolo, que las actividades de la Universidad Nacional de Colombia como las de la Caja de Previsión Social son susceptibles de ser desarrolladas

en forma similar por los particulares; c) No dar por demostrado, estándolo, que las funciones cumplidas por el demandante son suceptibles de ser ejercitadas en la misma forma en entidades de carácter particular; d) Dar por demostrado, sin estarlo, que los servicios cumplidos por el actor lo fueron en virtud de una relación legal o reglamentaria; e) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante tuvo el carácter de trabajador oficial durante todo el tiempo en que estuvo vinculado a las entidades demandadas Las anteriores errores fácticos fueron ocasionados por la falta de apreciación de algunas pruebas y la equivocada apreciación de otras de acuerdo a la siguiente relación:

Pruebas apreciadas erróneamente

1º) La demanda del proceso, en cuanto a la confesión que en ella pudiera contenerse (fls. 1 a 4); 2º) Certificado de tiempo de servicios (fl. 9); 3º) Liquidación final del auxilio de cesantía (fl. 52); 4º) Acta de posesión del demandante (fls. 177, 98, 148); 5º) Acuerdo Nº 3º de 1954 de la Junta Directiva de la Caja de Previsión de la Universidad Nacional (fls. 99 a 108);

Pruebas no apreciadas

1º) Certificado expedido por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional (fl. 11); 2º) Conveciones Colectivas suscritas entre la Universidad Nacional y su Sindicato de Trabajadores en los años 1963, 1964 y 1966 (fls. 12, 13 a 22, 23 a 30, 31 a 37, 38 a 51); 3º) Carta dirigida al demandante el 14 de octubre de 1968 (fl. 10).

Demostración del cargo

Indica el Sentenciador que como la acción va dirigida contra dos entidades administrativas, es necesario, en primer término, definir la naturaleza del vínculo que ligó a las partes contendientes. Con apoyo en las documentales de fls. 9, 52 y 177 del informativo, encuentra demostrado que el actor laboró como Secretario —Habilitado de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional desde el 5 de febrero de 1954 al 31 de octubre de 1968 habiendo percibido un último salario de $ 2.798.33 mensuales. Agrega luego la sentencia impugnada que la cuestión controvertida debe estudiarse a la luz de la preceptiva legal del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por cuanto aún no habían entrado en vigencia los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Observa a continuación que aun cuando la Caja de Previsión es una Corporación autónoma, con patrimonio propio, a la luz del Acuerdo Nº 3 de 1954, que contiene sus estatutos, ha de considerarse que es dependiente o subsidiaria de la Universidad Nacional y frente a esta última debe examinarse si la relación entre aquélla y el actor es de carácter contractual. Para la Sala Falladora, la Universidad Nacional es un establecimiento público de carácter docente, autónomo y descentralizado, conforme a la Ley 65 de 1963, a través de la cual el Estado cumple funciones esenciales de orden público y social, por lo cual no puede afirmarse que tenga ánimo de lucro o que pueda asimilarse a actividades susceptibles de ser manejadas en la misma forma que las particulares. Igual cosa puede afirmarse de la Caja demandada, por ser una corporación de derecho social, dependiente de la Universidad. Lo anterior conduce en sentir del **ad quem** a concluir que la vinculación es de derecho público, deducción a la cual también llega analizando las funciones del actor, al considerar que las de secretario —habilitado son eminentemente administrativas, no susceptibles de cumplirse por particulares (fls. 289 y 290). Con apoyo en las anteriores consideraciones, considera que debe revocarse el fallo apelado y absolver a las demandadas de las peticiones de la demanda. La decisión impugnada es acertada en cuanto señala que la norma aplicable para definir la naturaleza del vínculo del demandante con las demandadas es el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y no el 5º del Decreto 3.135 de 1968, por cuanto este último no estaba vigente al producirse el retiro definitivo de aquél del servicio de la administración. Pero resulta correcta al analizar la situación fáctica y encuadrala dentro de las excepciones de la norma de 1945, pues para nadie

resulta extraño que las actividades desarrolladas por las demandadas —educación y prestación de los servicios de seguridad social— son susceptibles de ser ATENDIDOS y de hecho así ha ocurrido siempre, por personas o entidades particulares. Que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional sea una corporación de derecho social, como lo afirma el ad quem (fl. 240), es algo erróneo pues ello no lo indica el artículo 1º del Acuerdo 3º de 1954, prueba ésta que por tal motivo resulta mal apreciada al haber distorcionado el sentenciador su contenido. Y en cuanto a la Universidad Nacional, la circunstancia de que sea una entidad autónoma y descentralizada, con personería jurídica, patrimonio y rentas propias, no conduce a que no pueda ser manejada en la misma forma por los particulares, pues inclusive en la misma sentencia se reconoce que su actividad es docente, y mal puede afirmarse que la educación sea función exclusiva del Estado, cuando el Derecho Administrativo ha reconocido que tal servicio público puede ser prestado por particulares. Nadie puede negar que existen muchas Universidades oficiales y también privadas así como también diversas instituciones de una y otra clase que atienden los servicios de la seguridad social en el campo asistencial (hospitales, clínicas, cajas de compensación familiar), etc. Estos son hechos notorios que ni siquiera requieren prueba conforme al inciso 2º del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento laboral de acuerdo al artículo 145 del Código de la materia. Al desconocer que tanto la Universidad Nacional como su Caja de Previsión son instituciones similares a las que son susceptibles de manejar los particulares en la misma forma, incurrió en evidente error de hecho, al igual que cuando da por establecido que las funciones de Secretario —Habilitado son administrativas y de ahí deduce, en forma manifiestamente equivocada, que no cabe asimilarlas a aquellas susceptibles de cumplirse por particulares, pues los documentos apreciados y visibles a fls. 9 y 52 se limitan a señalar el tiempo de servicios y los cargos ocupados por el señor Angel Rodríguez, pero en ninguno de ellos constan las funciones específicas de aquél, ya que las documentales sólo indican que el referido cargo fue el de "Secretario Habilitado", sin calificarlo como administrativo y sin que aparezca en parte alguna que las labores del actor, por su naturaleza y especialidad, sean diferentes a las que podrían ejecutarse en puesto similar de la actividad privada. Resulta, pues, desacertado atribuir el calificativo de administrativo como exclusivo del sector público, cuando aquel no se esta empleando para referirse al servicio oficial del Estado sino como opuesto al de labor material. El acta de posesión del fl. 177 fue igualmente mal apreciada, por las mismas razones ya expuestas, ya que en ella no se contiene descripción alguna de las funciones atribuídas al demandante sino la sóla constancia del cumplimiento de los requisitos exigidos para entrar a ejercer el cargo. Además reiterada jurisprudencia ha señalado que no son el acto de nombramiento ni la diligencia de posesión los que conducen a dar el carácter de empleado público a un servidor de la administración, formalidades éstas que no le harían perder el carácter de trabajador oficial a quien estuviere dentro de las excepciones del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945 y hasta cuando ésta norma estuvo en vigor. Algo similar puede afirmarse del acto de insubsistencia (fl. 10). Consideraciones similares a las anteriormente expuestas formuló la H. Corte en vigencia de la norma de 1945, frente a entidades oficiales que no obstante ser establecimientos públicos, con personería jurídica propia, son susceptibles de ser manejados por los particulares en forma similar a los de creación legal. "El Banco Popular es una entidad de crédito oficial, calificación que le dio el Decreto 2061 de 1954 (artículo 3º), y, a la vez, un establecimiento público, es decir, un servicio descentralizado, dotado de personería jurídica, dirigido y administrado con independencia del Estado. Así se deduce de las Leyes y Decretos extraordinarios que cita el recurrente. Su fundación fue autorizada por el Decreto extraordinario 2143 de 1950 y es la ley la que gobierna su actividad. Entre otras basta citar la 1ª de 1951. Ahora bien: un establecimiento bancario oficial o semi-oficial es una institución similar a uno particular,

y, a la vez, susceptible de ser fundado y manejado por los particulares en forma semejante al de creación legal. Mas todavía: en el país los establecimientos bancarios se deben a la iniciativa del capital privado; lo excepcional es el banco estrictamente oficial. Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que la relación de trabajo entre los empleados del Banco Popular y éste encajan en dos de los casos de excepción a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. En tales circunstancias dicha relación reviste naturaleza contractual, sea que el Estado obre como patrono directamente o que actúe como tal un establecimiento público (Sentencia del 9 de mayo de 1962; Juicio Ordinario Laboral de Armando Carbonell Vs. Banco Popular). La anterior doctrina fue reiterada en múltiples oportunidades, siendo suficiente con destacar también los casos del Instituto de Crédito Territorial en el juicio que le promovió Eduardo Guzmán Bravo (casación del 5 de septiembre de 1964) y de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en la demanda que contra ella inició Cecilia Gutiérrez A. (Casación del 25 de octubre de 1965). El ad quem entendió con acierto que la norma aplicable era el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 pero olvidó los criterios para su aplicación, tal vez por el tiempo que ha transcurrido desde la reforma administrativa del año 1968 y la prolongada duración del presente litigio. Porque dice apoyarse en aquella norma pero razona con mentalidad propia del régimen del artículo 5º, del Decreto 3135 de 1968, que estableció criterios totalmente diferentes para determinar cuándo un dependiente de la administración es empleado público o trabajador oficial. Si hubiera tenido en cuenta las enseñanzas de esa H. Corporación en las decisiones que se acaba de citar, habría concluido, sin duda alguna, que Angel Rodríguez se vinculó a las demandadas mediante contrato de trabajo y que tuvo la segunda de las calidades expresadas, al laborar para entidades que, en el caso de los bancos, resultan excepcionales en el campo oficial y la mayoría se crean por iniciativa privada, ya se trate de Universidades o Instituciones asistenciales. Desconoció el Tribunal la prueba sobre afiliación del actor al Sindicato, visible al fl. 11, que armoniza con las probanzas sobre los distintos convenios colectivos suscritos entre aquél y la Universidad demandada, estatutos éstos que son propios y exclusivos de aquellas entidades que, en el sector oficial, tienen a su personal vinculado por contrato de trabajo. Y lo anterior no se desvirtuó por la sentencia del Consejo de Estado del 2 de junio de 1970, que no constituye una verdadera prueba, pues se trata de una copia informal (fls. 109 a 120), pero respecto de la cual no sobra señalar que ella esta basada en los Decretos 1050, 3135 de 1968 y 1849 de 1969, normas que, se repiten, establecieron una preceptiva legal totalmente diferente sobre el punto analizado, pero que no habían entrado en vigor al menos las dos últimas, cuando se produjo el retiro del actor. Por ello la decisión del Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo carece de repercusión en el sub lite. No sobra recordar también que fue doctrina de la Corte, en vigencia del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que esta disposición era aplicable tanto al trabajador que realiza funciones simplemente materiales como al que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, por cuanto aquella norma no establece distinción alguna sobre el particular (Casación del 31 de marzo de 1964; G. J. Nº 2271 pág. 526). Todo lo anterior conduce necesariamente a que la sentencia acusada deba ser quebrantada, para, en su lugar, atender las súplicas del libelo. Como razonamientos de instancia conviene afirmar que las demandadas no probaron los motivos de mala conducta que imputaron al actor, ni tales probanzas de haberse producido, no hubieran tenido trascendencia alguna, pues en la carta de retiro no le fueron comunicados al Señor Angel Rodríguez, ya que la mencionada misiva se limita a declarar la insubsistencia del cargo de Secretario-Habilitado, sin formular otras consideraciones (fl. 10), y es bien sabido que los soportes del despido deben invocarse en el momento de la terminación del contrato de trabajo, sin que posteriormente puedan alegarse válidamente. Y respecto a la indemnización moratoria, la demandada no demostró haber actuado de buena fe, ni haber tenido motivos atendibles para abstenerse de pagar la indemnización por despido al actor,

cuando ni siquiera alegó causal alguna para la desvinculación de su servidor, siendo aplicable entonces el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y debiéndose imponer la condena correspondiente. Al respecto sirve de antecedente, entre muchas otras, la misma doctrina citada a propósito del proceso ordinario de Armando Carbonell O. Vs. Banco Popular".

El opositor manifiesta que entre la Universidad Nacional y su personal administrativo hay una relación de derecho público en virtud del mandato expreso que contiene el ordinal e) del artículo 14 de la Ley 65 de 1963; que la Universidad y la Caja no son instituciones idénticas a las de los particulares, y que la excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 no es aplicable a la Universidad Nacional.

Por su parte dijo el Tribunal Superior sobre la naturaleza del vínculo que unió a las entidades demandadas con Manuel J. Angel Rodríguez:

"La Universidad Nacional de conformidad con la Ley 65 de 1963, estatuto orgánico de la misma, es un establecimiento público de carácter docente, autónomo y descentralizado, con personería jurídica y patrimonio y renta propia a través de la cual el Estado cumple con una de sus funciones esenciales de orden público y social. Mal puede argüirse entonces, que ella tenga ánimo de lucro, o asimilarse a actividades susceptibles de ser manejadas en la misma forma que las particulares. Si así fuera el legislador no le habría dado un estatuto legal de carácter especial. Lo propio puede decirse de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, corporación de derecho social, dependiente de la Universidad. Si tal es la naturaleza jurídica de las demandadas, por mandato expreso de la ley, el vínculo de dependencia entre éstas y sus empleados no puede ser otro que de derecho público y no contractual. Pero si a la deducción anterior se llega en consideración a la índole misma de las entidades a la que el actor prestó sus servicios, tampoco pueden llegar a conclusión diferente el aspecto relativo a las funciones desempeñadas por el demandante, pues las labores propias del secretario habilitado de la Caja de Previsión de la Universidad son eminentemente administrativas, de consiguiente no cabe asimilarlas a aquéllas susceptibles de cumplirse por particulares".

Se considera

El Tribunal Superior fundamenta su decisión en dos soportes: que la Universidad Nacional de Colombia y la Caja de Previsión Social de la misma Universidad son entidades que por sus "funciones esenciales de orden público y social", no tienen ánimo de lucro ni es posible asimilarlas a entidades susceptibles de ser manejadas por los particulares, y que las funciones que desarrolló el demandante, en sí mismas consideradas, tampoco pueden asimilarse a aquellas susceptibles de cumplirse por particulares.

En el supuesto de que constituya un hecho notorio que la Universidad Nacional de Colombia y su Caja de Previsión sean susceptibles de ser fundadas y manejadas por los particulares en la misma forma, quedaría en firme el otro fundamento, o sea que las funciones de Manuel J. Angel Rodríguez, por ser administrativas, no son susceptibles de cumplirse por particulares. Este segundo soporte comprende dos aspectos: uno jurídico, o sea que son las funciones de los servidores de la administración pública las que deben compararse con las de las funciones particulares y otro de carácter fáctico consistente en que al hacer la comparación no se obtiene similitud entre las mismas ni la posibilidad de que las labores del demandante sean susceptibles de ser desarrolladas por los particulares. El recurrente, admitiendo implícitamente la conclusión jurídica, ataca la cuestión fáctica.

Aún cuando en los documentos que el impugnador señala haber sido erróneamente apreciados tales como el certificado de tiempo de servicios, liquidación final del auxilio de cesantía y acta de posesión, no aparecen determinadas funciones de Manuel Angel Rodríguez, bien podía el fallador de segunda instancia, con fundamento en la denominación del cargo, que las labores que desarrolla un Habilitado Pagador de una entidad oficial son administrativas, entendiendo por tales las que prestan quienes colaboran con los Directores en el Gobierno de la misma entidad. Y

como de las pruebas que el impugnador indica como erróneamente apreciadas o dejadas de apreciar no surge con notoriedad que las funciones del demandante no eran administrativas no incurrió en evidente error de hecho el Tribunal Superior al dar por demostrado ese hecho.

No sobra advertir que de acuerdo con la letra e) del artículo 11 de la Ley 65 de 1963 el personal administrativo de la Universidad Nacional de Colombia se encuentra vinculado a la misma mediante una relación de derecho público, por lo cual, bajo esta norma, el demandante se consideraba como un empleado público, situación legal que no varía por el simple hecho de estar afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional, ni haberse celebrado entre ambos una Convención Colectiva, porque la posibilidad de que existan en la entidad o entidades demandadas trabajadores oficiales con capacidad para contratar colectivamente a través de su Sindicato, no supone necesariamente que el Habilitado Pagador de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional fuese uno de ellos.

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 diez y ocho de agosto de mil novecientos setenta y seis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por MANUEL J. ANGEL RODRIGUEZ contra la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Eduardo Gnecco C., Jerónimo Argáez Castello, Juan Hernández Sáenz.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESPIDO DEL TRABAJADOR O TRABAJADORES QUE HUBIEREN INTERVENIDO O PARTICIPADO EN ILEGAL CESACION COLECTIVA DE ACTIVIDADES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz).

(Referencia: Expediente Nº 5966).

(Acta Nº 52).

El Tribunal Superior de Barranquilla, mediante sentencia del 25 de noviembre de 1976, dirimió en segunda instancia el juicio laboral propuesto por don Alfonso Morales Castro contra "Pizano S. A.", y confirmó la decisión del Juez de condenar a esta última a reinstalar en su empleo al actor y a pagarle los salarios correspondientes al tiempo de cesantía.

Inconforme con esta providencia, la empresa interpuso casación para impetrar que sea infirmada, revocada la del Juez y, en su lugar, se la absuelva de las súplicas del libelo.

Así consta en la demanda respectiva (folios 11 a 19 de este cuaderno), donde formula dos cargos, que merecieron réplica de su contraparte (folios 23 a 26 ibídem).

Conviene entonces analizar el mérito de la acusación:

Primer cargo

Dice así: "Se fundamenta este cargo en que la sentencia acusada violó directamente, por interpretación errónea, el parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 en relación con los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º del Decreto 2164 de 1959, reglamentario de los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1º de la Resolución número 1064 de 1959 y artículo único de la Resolución número 1091 de 1959, expedidas por el Ministerio del Trabajo.

La demostración del cargo

"1. El juzgador de segunda instancia interpretó erróneamente el parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, en el sentido de que dicha norma legal le exige al patrono utilizar determinados modos de expresión para manifestarles al trabajador la causal o motivo que el patrono invoca para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, siendo que la citada norma legal solamente exige que se manifieste 'la causal o motivo de esa determinación'.

"En efecto, después de transcribir el texto de la nota que con fecha 17 de febrero de 1975 le dirigió PIZANO S. A., al trabajador demandante, para comunicarle la terminación de su contrato de trabajo, expresa el juzgador ad quem en su sentencia recurrida que dicha nota 'no expresa al demandante la causal o motivo que tuvo la empresa para tomar la drástica determinación de dar por terminado su contrato de trabajo'. Y agregó:

"La Resolución que invoca, es una Resolución administrativa dictada por el Ministerio del Trabajo, en procedimiento seguido por la empresa ante dicha autoridad para solicitar la legalidad (sic) de un paro, pero en cuyo trámite no intervino para nada el trabajador despedido.

"El demandante no podía conocer cuál era el contenido de la Resolución que se

invoca y es muy clara la disposición cuando dice que el patrono en el momento del retiro debe decirle al trabajador la causa o motivo por el cual lo despiden.

"Ya la Sala Laboral de la Honorable Corte se ha pronunciado sobre el particular considerando injusto el despido, en el cual el patrono sólo invoca disposiciones legales para despedir al trabajador, sin expresarle en términos claros cuáles son los motivos o causas que originan el despido".

"Y concluyó así: 'Fue por tanto a todas luces irregular el procedimiento seguido por la empresa para despedir al trabajador, porque no sólo no invocó en su oportunidad la causal o motivo que tuvo para despedir al trabajador, y aún aceptando que la invocación de la Resolución era suficiente, esta Resolución no era la que autorizaba en concreto el retiro del trabajador y la que sí se refirió al demandante, cuando éste fue retirado no estaba en firme'.

"Es errado el entendimiento que el sentenciador ad quem le dio al parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, para aplicar dicha norma legal al caso de autos, porque lo que exige claramente la citada disposición es que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo le manifieste a la otra, en el momento de la extinción, la causal o el motivo que le sirve de fundamento para tomar dicha decisión, entendiendo por 'causal' la razón y motivo de alguna cosa, conforme al sentido natural de esa palabra; y por 'motivo' la causa o razón que mueve a ejecutar, hacer o no hacer alguna cosa.

"Y esto fue, precisamente lo que hizo PIZANO S. A., en la nota que sobre terminación del contrato de trabajo le dirigió al demandante ALFONSO MORALES CASTRO, con fecha 17 de febrero de 1975, cuya fotocopia debidamente autenticada obra al folio 2 del primer cuaderno del expediente, prueba esta que fue apreciada correctamente por el juzgador ad quem en su sentencia recurrida.

"2. Interpretando el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, dijo en una oportunidad la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: 'No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada, pues de lo contrario no serían claros los motivos dados a conocer al trabajador para la terminación del contrato, y éste tendría dificultades para defenderse en caso de un juicio, porque no sabría a que atenerse respecto a los verdaderos motivos del patrono para prescindir de sus servicios, que es precisamente lo que trata de evitar el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy sustituido por el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965'. (Sentencia de junio 8 de 1970. G. J., Tomo CXXXIV, página 584).

"Por las circunstancias anotadas, PIZANO S. A., invocó como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo en el caso de autos la Resolución número 03759 de diciembre 13 de 1974, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, porque ese acto administrativo fue la razón o motivo de la dicha terminación del contrato, en atención a que allí se declaró administrativamente la ilegalidad del cese colectivo de trabajo a que se refiere la aludida Resolución y se autorizó a PIZANO S. A., para despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en el expresado cese ilegal de actividades declaraciones administrativas que se hicieron con estricta sujeción a lo que al efecto se dispone en los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La obligación legal del patrono sólo consiste en expresarle al trabajador, verbalmente o por escrito, 'la causal o motivo' que invoca para la terminación del contrato. Que si esa causal o motivo invocado constituye o no justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, conforme a las normas legales que regulan la materia, es cosa que la ley no obliga manifestar, junto con la expresada causal o motivo.

"Al trabajador corresponde, exclusivamente, controvertir en juicio la causal o motivo de la terminación del contrato invocada por el patrono, en el evento de que aquél estime que dicha causal o motivo no

encaja en ninguna de las causas que la ley señala taxativamente como justas para dar por terminado el contrato de trabajo. (Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y artículo 450, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo).

"3. El fallador de segunda instancia apreció correctamente la citada Resolución del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, lo mismo que la nota sobre terminación del contrato, documentos que debidamente autenticados obran a los folios 13 a 19 y 2, respectivamente, del primer cuaderno del expediente.

"Esa apreciación correcta que hizo de los aludidos documentos, le sirvió de base al sentenciador de la segunda instancia para violar directamente, por interpretación errónea, el citado parágrafo del artículo 7º, del Decreto Ley 2351 de 1965, al aplicar dicha norma legal a los aludidos medios probatorios, con la incidencia que tal violación tuvo con relación a las demás normas legales que se citan como infringidas también en el presente cargo.

"Cierto es que el derecho que asistió a PIZANO S. A., en el caso de autos, para despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en el aludido cese ilegal de actividades emana de lo que al efecto se dispone expresamente y de manera clara en el numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero resulta que el ejercicio de ese derecho está condicionado por la ley a la declaratoria que al efecto debe hacer, en cada caso particular y concreto, el Ministerio del Trabajo, porque así se dispone expresamente en la referida norma legal y en el artículo 451 del Código citado.

"Por la circunstancia anotada, PIZANO S. A., no podría expresar como causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo la ilegalidad de la suspensión colectiva de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, sino la Resolución del Ministerio del Trabajo que declaró administrativamente dicha ilegalidad y el derecho que consecuencialmente asistía a PIZANO S. A., para despedir por tal motivo a los trabajadores que intervinieron o participaron en el expresado cese ilegal de actividades, o sea la Resolución 03759 de 1974, emanada del citado Ministerio.

"Resulta, en consecuencia, que PIZANO S. A., dio cabal cumplimiento a la exigencia del parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, invocando como causa o motivo de la terminación del contrato de trabajo, en el caso de autos, la expresada Resolución Ministerial, lo que no entendió así el fallador de segundo grado, en virtud de la interpretación errónea que hizo de la citada normal legal al aplicarla al caso sub judice.

"4. Enterado el trabajador demandante de la causal o motivo que PIZANO S. A., le dio a conocer por escrito para dar por terminado su contrato de trabajo, le correspondía a aquel controvertir en juicio la aludida causal o motivo de terminación del contrato, si la consideraba ilegal.

"No lo hizo así el demandante, sino que apoyó su demanda en consideraciones de otra índole ignorando que la intervención de los Inspectores del Trabajo, una vez declarada la ilegalidad de un paro colectivo de actividades por el Ministerio del Trabajo, se limita 'a evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro', como lo dice el Decreto 2164 de 1959, reglamentario de los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo, pues las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959, emanadas del Ministerio del Trabajo, como es obvio anotarlo, no modifican el derecho establecido en el numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Como también ignoró el trabajador demandante que él no se hallaba comprendido en el caso de excepción a que se refieren las mencionadas normas legales, como lo confiesa el mismo demandante en la demanda con que se inició el juicio". ((Las mayúsculas son del texto transcrito).

Se considera

En el juicio propuesto por Héctor Ramiro Melo contra "Pizano S. A.", donde se discutió el mismo tema ahora planteado, dijo esta Sala en sentencia del 19 de abril de

1977 (expediente Nº 5823), con salvedad de voto del Magistrado doctor Gnecco, lo siguiente:

"El artículo 450 del Código Sustantivo determina los casos en que es ilegal la cesación colectiva de actividades por parte de los trabajadores y expresa que cuando esa ilegalidad es declarada, cosa que compete hacer al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social según el artículo 451, el patrono puede despedir libremente a quienes hubieran intervenido o participado en el paro, aún a los amparados por el fuero sindical.

"Para atemperar un tanto a la drasticidad de este precepto, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2164 de 1959 facultó a dicho Ministerio para intervenir en el problema con el fin de evitar el despido de quienes se hayan limitado a suspender el servicio, impelidos más por las circunstancias del paro que por su deseo de intervenir en él, siempre que al tener noticia de la declaración de su ilegalidad no hayan perseverado en el cese de labores.

"Así, dentro del espíritu de esta última norma, las autoridades administraitvas del trabajo pueden excluir de la lista de candidatos al despido que les presente el patrono, a aquellas personas que, conforme a las indagaciones del caso, hayan tenido una actitud pasiva en el paro, sin persistir en él luego de habérsele calificado como ilegal.

"Pero, de todos modos, la ilicitud de una cesación de actividades declarada por el Ministerio del Trabajo es justa causa de despido, dentro del marco de las regulaciones que acaban de mencionarse, aún para quienes disfruten de fuero sindical. O sea, que si se indica como causal o motivo para prescindir de los servicios de un trabajador la providencia administrativa que tuvo como contrario a la ley el paro de labores en que él participó, de modo implícito pero absolutamente claro e inequívoco el patrono invoca para fenecer de modo unilateral el contrato la facultad que le confiere el artículo 450 del Código Sustantivo, y al comunicárselo de aquella manera al empleado en el momento de despedirlo, cumple dicho patrono a cabalidad con el deber que le impone el artículo 7º, parágrafo, del Decreto Legislativo 2351 de 1965. No es óbice para ello que la providencia ministerial no le haya sido notificada al trabajador objeto del despido, puesto que dicha resolución es de inmediato cumplimiento, según lo enseña el artículo 451 del Código, y contra ella sólo cabe acudir en demanda ante el Consejo de Estado, actuación que por sí sola no enerva legalmente los efectos de ese acto administrativo. Además, el despedido no pudo ignorar la realización del paro ilegal, pues precisamente se le sancionó por haber participado en él y el conocimiento de la ley se presume en todos los gobernados.

"En el caso sub judice, los párrafos del fallo acusado transcrito en el cargo y que corresponden al texto de esa providencia, dejan ver que la interpretación que el sentenciador les dio a las normas que invoca el recurrente y cuyo sentido acaba de analizar la Sala, no se acomoda a sus verdaderos sentidos y alcance, porque el deber que la ley le impone a quien fenece el contrato de trabajo de darle a conocer a la otra parte el móvil concreto que lo induce a hacerlo, no implica el uso de ritualidades o de fórmulas sacramentales, propias del derecho arcaico y no de la vida jurídica moderna, sino apenas la necesidad de que aquel que desiste del vínculo laboral obre lealmente con su contraparte al hacerle clara y exactamente tal manifestación, para que ella pueda atenerse a ese punto de vista, sea acogiéndolo o bien impugnándolo por las vías que la ley establece con esa finalidad".

Al aplicar las reflexiones anteriores en el asunto sub judice, viene a quedar en claro que el Tribunal infringió los preceptos cuya interpretación errónea le atribuye el cargo, y esto es suficiente para que prospere, con las consecuencias que se determinarán más adelante.

Cabe añadir ahora que, en lo que respecta a la forma como debe hacerse conocer a la otra parte el móvil que tiene quien desea fenecer un contrato de trabajo, esta Sala, con el voto unánime de sus integrantes, dijo en sentencia del 27 de octubre de 1977 (juicio de Pedro Nel Acosta Echavarría vs. Compañía Colombiana de Tabaco S. A., expediente 6128), lo siguiente:

"La Corte ha sostenido en varias ocasiones que el patrono debe manifestar en

forma expresa e inequívoca los motivos concretos que tenga, o la causal o causales que invoque para prescindir de los servicios de un trabajador, cuando quiera que vaya a dar por terminado unilateralmente el contrato de acuerdo con lo establecido por el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965, y que esa manifestación debe hacerla en el momento mismo del fenecimiento del contrato, para que sea válida, según lo enseña el Parágrafo de dicho precepto.

"Indicar los hechos motivantes del despido o decir la causal legítima invocada para ese proceder son las dos formas igualmente eficaces que el patrono ha de emplear si quiere dar por terminado uniateralmente el contrato de trabajo en las hipótesis previstas por el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965. Pero se acomoda de manera más estricta a los dictados de la lealtad con su contraparte el uso de la primera de tales formas, pues le permite mayor amplitud en su defensa ante los jueces al despedido, ya que es más sencillo contraprobar sobre hechos concretos que respecto de causales abstractas de la ley.

"Si, como quedó visto, es válido el uso de cualquiera de estas dos formas para el recto ejercicio por el patrono de su derecho a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, resulta claro también que si demuestra en juicio la veracidad de los hechos invocados para el despido, puede el juzgador encuadrar tales hechos dentro de las causales abstractas señaladas en la ley para tener como justo ese despido, sin que al proceder así llegue a quebrantar por interpretación errónea el artículo 7º, aparte a), del Decreto Legislativo 2351 de 1965 ni los demás preceptos que cita el cargo que, en consecuencia, no llega a la prosperidad".

Bastan los párrafos transcritos para desvanecer las dudas planteadas en el escrito del opugnador sobre este tema (folios 24 y 25 de este cuaderno).

Al prosperar, como quedó visto, el primer cargo, no es necesario el examen del segundo, por cuanto persigue la misma finalidad que ya ha quedado satisfecha.

Para proveer en instancia, basta aplicar los razonamientos que se hicieron al principio para el examen de la carta de despido, que en copia autenticada por el Juez Tercero Laboral de Barranquilla obra al folio 2 del cuaderno primero, y concluir así que el demandante fue despedido con justa causa por la empresa, y de consiguiente, las súplicas derivadas del rompimiento injusto de su contrato de trabajo, como lo son las de reintegro, indemnización por despido ilegítimo y pensión de jubilación causada por el mismo motivo, carecen de base plausible.

Y en lo que atañe a la petición de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica por enfermedad, hecha en la corrección de la demanda (folio 12, cuaderno 1º), no es procedente examinarla ahora porque el Juez de la primera instancia nada resolvió sobre ella en su sentencia y únicamente la empresa demandada apeló, es decir, que el actor se conformó con ese fallo.

Se impone, en consecuencia, revocar la decisión del primer grado para absolver, en su reemplazo, a "Pizano S. A.", de todas las súplicas del libelo propuesto contra ella por don Alfonso Morales Castro.

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, revoca luego el de la primera instancia y, en su lugar, absuelve a "Pizano S. A.", de todos los cargos que contiene el libelo dirigido contra ella por el señor Alfonso Morales Castro.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jerónimo Argáez Castello, José Eduardo Gnecco C., (con salvamento de voto); *Juan Hernández Sáenz.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

Me aparto de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, Sección Segunda, por las siguientes razones:

I. El Tribunal Superior, como puede leerse en la transcripción que de la parte motiva hizo el recurrente, sustentó la condena a Pizano S. A., en una consideración principal: que la carta dirigida al trabajador demandante para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo no le expresa la causal o motivo en la cual fundamenta esa drástica terminación. A esta conclusión llegó el sentenciador con base en el examen de la carta en la cual se da por terminado el contrato de trabajo, sin que hubiera realizado una interpretación errónea del Parágrafo Unico del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues como premisa mayor se limitó a exponer literalmente lo que la norma expresa: que dicho parágrafo "establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". Sólo que el fallador de segunda instancia al hacer operar la norma, encontró que esa manifestación no se había producido, porque no surgía de las pruebas del proceso, especialmente del documento en que se hizo la comunicación. Se trata de una cuestión de hecho, y la discrepancia entre el Tribunal Superior y el recurrente consiste en que mientras el segundo sostiene que sí se hizo la manifestación exigida por la ley, el primero, concluyó que no se había producido por cuanto no se le dijo al trabajador cuál era la causal o motivo para despedirlo. No están por lo tanto de acuerdo en los hechos el recurrente y el fallador y por eso de ninguna manera era viable la acusación por interpretación errónea de la ley sustancial, pues la pretendida violación de la misma sólo podría predicarse por la vía indirecta, a través de errores de hecho que llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, especialmente en su parágrafo único.

Pero es el mismo recurrente quien reconoce que no hubo interpretación errónea del parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 por parte del sentenciador, pues al fijar cuál es según su criterio el verdadero entendimiento de la norma, repite lo que dijo el Tribunal, o sea que "lo que exige claramente la citada disposición es que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo la manifiesta a la otra, en el momento de la extinción, la causal o el motivo que le sirve de fundamento para tomar dicha decisión, entendiendo por 'causal' la razón y motivo de alguna cosa, conforme al sentido natural de esa palabra, y por 'motivo', la causa o razón que mueve a ejecutar hacer o no hacer alguna cosa".

También se deduce de la propia demanda extraordinaria que hay discrepancia entre los hechos que encontró probados el sentenciador y aquéllos en los cuales el recurrente fundamenta la interpretación errónea de la ley, pues mientras el primero dice textualmente: "La carta que acabamos de transcribir, no expresa al demandante la causal o motivo que tuvo la empresa para tomar la drástica determinación de dar por terminado su contrato de trabajo", el segundo afirma que Pizano S. A., le manifestó al demandante la causal o el motivo que le sirvió de fundamento para despedirlo con justa causa" en la nota que sobre terminación del contrato de trabajo le dirigió al demandante Eparquio

Rebolledo Almedrales, con fecha 17 de febrero de 1975 cuya copia autenticada obra al folio 2 del primer cuaderno del expediente, falta de acuerdo en relación con cuestiones fácticas que no desaparece por la sola circunstancia de que a continuación agrega al recurrente que la prueba fue apreciada correctamente por el juzgador ad quem en la sentencia recurrida.

Con argumentos similares a los que acabo de exponer se refiere el opositor a la improcedencia de la acusación por interpretación errónea, que considero acertados y pertinentes.

II. También el impugnador acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial a través de errores de hecho, consistentes, en haber dado por demostrado el Tribunal que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono fue injusta por no haberse invocado la causal o motivo y por no conocer el trabajador la Resolución del Ministerio del Trabajo en la cual se apoyó el despido. Aun cuando la Sala no estudió el segundo cargo por no prosperar el primero, considero que no incurrió en evidente error de hecho al fallador de segunda instancia, porque citar una Resolución del Ministerio de Trabajo, que en la propia sentencia se acepta que no es necesario que se notifique a los trabajadores no es invocar ninguna causal de las contempladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 ni la especifica el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo. Tampoco acredita la carta que se comunicó el despido al trabajador, ni la copia de dicha Resolución, que el trabajador conocía el contenido de esta última, afirmación del Tribunal que al no ser desvirtuada deja incólume también uno de los principales soportes de su fallo.

Por cuanto considero que ninguno de los cargos tiene la virtualidad suficiente para quebrantar la sentencia recurrida, mi disentimiento con la decisión de la mayoría de la Sala se refiere tanto a la parte motiva como a la Resolutiva.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha ut supra.

José Eduardo Gnecco C.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA DE CASACION CIVIL

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. **Las providencias de trámite no vinculan al juzgador para el pronunciamiento de la sentencia. Representación de la sociedad de responsabilidad limitada.** Sentencia de 20 de enero de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de Gilberto Elías Madrid y otros contra Panadería y Galletería Medellín Ltda. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PROMESA DE CONTRATO. **Obligación de hacer. Requisitos que debe llenar para su validez.** Sentencias de 31 de enero de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso de Alejandro BeetarDow contra Angel María Otero Reyes. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. **Nulidad por trámite inadecuado. Intervensión del título de tenedor en poseedor.** Sentencia de 31 de enero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso ordinario de Hernando Cala Barbosa contra el Municipio de Villavicencio y las Empresas Públicas de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

NULIDAD DEL CONTRATO. **No influye la calificación o denominación que le den las partes.** Sentencia de 3 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario seguido por Horacio Zuluaga Machado contra Alvaro Vivas Trochez. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Uribe Holguín. Auto de 4 de febrero de 1977. Declara desierto el recurso por falta de los requisitos formales de la demanda. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

PERTENENCIA. **Posesión inscrita y posesión material.** Sentencia de 17 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso de declaración de pertenencia instaurado por Gilberto Sierra Londoño y otros contra personas indeterminadas. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE CONTRATO. **Interpretación de la demanda. Técnica de casación.** Sentencia de 17 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso ordinario de Manuel Alfredo López Bernal contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD POR FUMIGACION CON HERBICIDAS. **Técnica de casación.** Sentencia de 21 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este proceso ordinario instaurado por Luis Rafael Caraballo Pérez y otros frente a Pedro Salas Camero. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEGURO. **Características del contrato.** Sentencia de 21 de febrero de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Jorge Evan N. contra Seguros Patria S. A. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SEGUROS. **Caducidad por falta de pago.** Sentencia de 23 de febrero de 1977. NO CA-

SA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso instaurado por Lucila Jaramillo de Quintero frente a la "Compañía de Seguros Tequendama S. A.". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. **Técnica de casación.** Sentencia de 23 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso instaurado por Pedro Ortiz Villa contra el Municipio de Medellín. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. Sentencia de 2 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado por Ana Isabel Bernal Mateus frente a Alicia Larrota de López y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. **Es improcedente contra el auto que declara desierto el recurso.** Providencia de 3 de marzo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

ACCION DE PERTENENCIA. **Proposición jurídica completa.** Sentencia de 7 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso adelantado por Tulio Aguilar Chinchilla. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PROMESA DE CONTRATO. **Elementos de la acción resolutiva. El plazo que vence el día feriado se prorroga hasta el día siguiente.** Sentencia de 10 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de Francisco Nova Alarcón contra Alejandro Aldana Valero. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

AMPARO DE POBREZA. Auto de 10 de marzo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVISION DE PROCESO DE PERTENENCIA. **Falta de notificación.** Sentencia de 10 de marzo de 1977. Proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de pertenencia iniciado por el Departamento del Huila contra persona indeterminada. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

OBJECIONES A LA PARTICION. **Técnica de casación. Medio nuevo.** Sentencia de 10 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María Cristina Méndez de Fonseca contra Jorge Enrique Fonseca Bernal. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

COMPRAVENTA. **Rescisión por dolo. Resolución por incumplimiento. Arras.** Sentencia de 14 de marzo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén del fallo anteriormente publicado.

PERTENENCIA. **Técnica de casación, proposición jurídica completa.** Sentencia de 14 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso de declaración de pertenencia que promovió Lola Conde Ribón. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PERTENENCIA. **Proposición Jurídica completa.** Sentencia de 16 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en este proceso de pertenencia que contra personas indeterminadas instauraron Rosalina o Rosalia Serrano Vda. de Suárez y Alfonso Suárez Serrano. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

RESOLUCION DE VENTA DE VEHICULO. **Inescindibilidad de la confesión.** Sentencia de 18 de marzo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso ordinario de Guillermo Quintero C. contra Cornelio Roa Ortega. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REVISION. La Corte no es competente para conocer del recurso propuesto contra sentencia dictada por juez del circuito. Auto de 21 de marzo de 1977.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. **No hay nulidad procesal cuando el ad quem pronunció sentencia de mérito y la del a quo fue inhibitoria.** Sentencia de 21 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario suscitado por Humberto Leyva contra Arturo Vanegas y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. **Reducción del daño por imprudencia de la víctima.** Sentencia de 21 de marzo de 1977. Fallo de instancia en el proceso seguido por Eduardo de Jesús Londoño y otros contra Gerardo Alzate y otro. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA. **Error evidente en la apreciación de indicios. Justo título en prescripción ordinaria.** Sentencia de 23 de marzo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en este proceso ordinario que suscitaron María Apolonía y María Berrocal Sánchez frente a su hermano legítimo Jerónimo Berrocal. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SIMULACION. **Técnica de casación.** Sentencia de 23 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Manuel José Sosa contra Cecilia Pérez de Bejarano. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. **Técnica de casación.** Sentencia de 28 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario instaurado por Alirio Rodríguez García frente a Omar Mosquera Bahamón. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REVISION. **Carga de la prueba.** Sentencia de 28 de marzo de 1977. DECLARA INFUNDADO el recurso interpuesto por Horacio Pazos Martínez, contra la sentencia de excepciones pronunciada el 18 de diciembre de 1974, por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ejecutivo que contra el recurrente promovió la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. **Presupuestos de la acción.** Sentencia de 31 de marzo de 1976. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de María Angel de Gutiérrez contra Martha Navarro Villegas. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

QUEJA. **Determinación de la cuantía para recurrir en casación.** Providencia de 18 abril de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. **Derecho de dominio y sigularización del inmueble.** Sentencia de 18 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá, en el proceso instaurado por el Distrito Especial de Bogotá contra Evangelista Bautista Parada. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS DECENTRALIZADOS. **Nulidad por falta de jurisdicción.** Sentencia de 18 de abril de 1977. CASA la proferida por el Tribunal de Barranquilla, en el proceso ordinario de Juan Vicente Gómez Echeverría contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SOCIEDAD DE HECHO. **Es distinto de la comunidad. Disolución y liquidación.** Sentencia de 18 de abril de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso de liquidación de sociedad de hecho promovido por Ismael Mendoza Murillo contra Abelardo Ramírez Rueda y Camilo Torres Martínez. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. **Incongruencia.** Sentencia de 20 de abril de 1977. NO CASA

la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso de Horacio Serna Gómez y otros contra Expreso Campo Valdés Ltda. y otro. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

NULIDAD DE MUTUO. **Técnica de casación: error de hecho y de derecho.** Sentencia de 20 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en este proceso ordinario instaurado por Ramiro Quiñones Urbano contra la sociedad "Distribuidora Santandereana de Máquinas Herramientas Ltda. (Dismáquinas)". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

FILIACION NATURAL. **Técnica de casación.** Sentencia de 20 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso promovido por José David Rivera contra la cónyuge y los herederos de David Martínez Galeano. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO. **Prueba de la propiedad de automotores antes y después de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil.** Sentencia de 21 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por Epifanio Gasca contra la sociedad comercial "Rojas Trasteos Ltda". Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. **Revisión de sentencia de Juez de Menores. Ha de demostrarse la maternidad en debida forma. Prueba del estado civil.** Sentencia de 25 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Guillermo López Fernández contra Irma Toro García. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. **Prueba diabólica.** Sentencia de 28 de abril de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso reivindicatorio promovido por Noel Caicedo. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REVISION DE SENTENCIA DEL JUEZ DE MENORES. Sentencia de 29 de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Hugo Giraldo Monsalve frente a José Guillermo (William) Arenas. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

COMPRAVENTA. **Resolución por incumplimiento.** Sentencia de 6 de mayo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Rosa María Vargas de Díaz contra José Alberto Cediel Villamil. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José María Esguerra Samper del fallo anterior.

CONTRATO DE TRANSPORTE. **Nulidad por indebida representación. Representación de las sucursales y agencias.** Sentencia de 12 de mayo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario promovido por Distribuidora de los Andes Ltda., contra Cooperativa Nariñense de Transportadores Ltda., y Emma Zambrano de Castañeda. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

QUEJA. Auto de 12 de mayo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

INTERRUPCION DEL PROCESO. (por enfermedad del apoderado). Auto de 12 de mayo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín. Inadmisión del recurso por haberse concedido cuando ya había quedado desierto por mandato legal. Auto de 20 de junio de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO del doctor Humberto Murcia Ballén del auto anterior.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. **Prueba de la conducta defectuosa causante del daño.** Sentencia de 20 de junio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario

de La Libertad, Cía. de Seguros Generales S. A., contra Esso Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

REVISION. Auto de cuatro (4) de julio de 1977. No admite la demanda por no reunir los requisitos legales. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

VENTA POR CABIDA. **Interpretación del contrato.** Sentencia de 5 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, proceso ordinario promovido por Ovidio Pesa Parada frente a Carlos Eduardo Melo Gaitán. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. **Nulidad por falta de notificación. Proposición jurídica completa en acción de pertenencia.** Sentencia de 6 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de declaración de pertenencia instaurado por Jorge Enrique Camargo G. contra Ernesto V. Duperly, al cual concurrió posteriormente Vicente Sanabria Gómez. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

QUEJA. Qué sentencias admiten el recurso de casación. Providencia de 6 de julio de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD AQUILIANA. **Incongruencia: resolución sobre excepciones.** Sentencia de 6 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario de Pedro García Agudelo contra Guillermo Velásquez y Luis Fernando Arias. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESCISION POR LESION ENORME. **Determinación del precio de venta. Rescisión parcial.** Sentencia de 6 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso ordinario de Antonio José Uribe Prada y Miguel Angel Cardona contra Camilo Villareal Amorocho y Luis Durán Vásquez. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. **Error de hecho en la apreciación probatoria.** Sentencia de 8 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso ordinario promovido por Carlos Enrique Otero contra los herederos de Ezequiel Otero García. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE LA VENTA. Sentencia de 8 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Elizabeth Pérez Martínez y José Miguel Pulido Pérez. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PERTENENCIA. **Título y modo. Concepto. Diferencias.** Sentencia de 18 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso interpuesto por Daniel Rubio Manjarrés contra la sentencia de 1º de octubre de 1976. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. Vocación hereditaria y la aceptación. El título de heredero no constituye estado civil. Sentencia de 18 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Teresa Romero de Calderón frente a los herederos de Luis María Torres. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD CIVIL AQULIANA. **Proposición jurídica completa.** Sentencia de 18 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de José Delio Arango Londoño contra Compañía del Hotel Nutibara S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RECURSO DE REVISION. **Requisitos para la prosperidad del recurso.** Sentencia de 19 de julio de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. **Culpa aquiliana. Concepto legal. Elementos que configuran esta clase de responsabilidad. Culpa presunta y culpa concurrente.** Sentencia de 26 de julio de 1977. NO CASA la proferida por

el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Luis Alberto Rodríguez y otros contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RECURSO DE REVISION. El recurso de revisión, una vez interpuesto, agota la facultad del recurrente para impugnar por este medio la respectiva sentencia. Sentencia de 27 de julio de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

TECNICA DE CASACION. **Causal primera. Incongruencia. Causal segunda.** Sentencia de 27 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en este proceso ordinario de Luis Eduardo Salinas Cantin contra sociedad Maderas y Chapas de Nariño S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

NULIDAD DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. **De la buena fe.** Sentencia de 4 de agosto de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el proceso ordinario promovido por María Elvia Niño de Colmenares, en su propio nombre y en el de sus menores hijos, contra Cristóbal Ardila Rueda. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. **Nulidad por falta de notificación. Técnica de casación.** Sentencia de 4 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por María Fatinisa Moreno de Marroquín contra Celestino Durán Soler. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PROCESO ABREVIADO DE LANZAMIENTO. **Recurso extraordinario de revisión.** Sentencia de 4 de agosto de 1977. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

ACCION REIVINDICATORIA. **Elementos fundamentales de la acción. Prescripción, concepto. Elementos que la tipifican.** Sentencia de 4 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Leonor Aguilar de Murcia contra Virgilio Franco Lozano. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. **Causales de nulidad.** Sentencia de 4 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá, en este proceso ordinario de Arnoldo, Angel María y Ana María Villar contra Betsabé Bernal Vda. de Díaz y María de los Angeles Díaz de Manzanares, cónyuge supérstite y herederos de Lizandro Díaz Doncel. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. **Causal de nulidad por falta de notificación.** Sentencia de 11 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Oscar, Julio César, Víctor Mario y Justo Pastor Pulgarín contra Jorge Luis, Ana Sofía, Luis Alfonso, como herederos de Justiniano Trujillo y contra María Elvia Ocampo de Trujillo, como cónyuge sobreviviente y además en representación de su menor hija Evangelina Trujillo Ocampo, heredera del mismo causante. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

ACCION REIVINDICATORIA. **Elementos de la acción reivindicatoria.** Sentencia de 12 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, proceso promovido por José Reinaldo y Lilia Gómez de Oviedo contra Erasmo Herrera. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PROMESA DE CONTRATO. **Toda promesa de contrato es solemne y debe constar por escrito, no es susceptible de probarse por confesión.** Sentencia de 16 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario intentado por Juan Juha contra Domingo César Concilio V. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. **Competencia a prevención.** Auto de 16 de agosto de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ACCION DE DOMINIO. **Error de hecho y error de derecho.** Sentencia de 16 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó en el proceso ordinario que Nubia, Luz Stella, Yolanda, Alberto, Norma Zúñiga, en representación de la sucesión de Ibrahim Zúñiga Angel y Manuela Toral Vda. de Zúñiga, promovieron contra Pascual Padilla, Rosina Palma. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RESPONSABILIDAD CIVIL. **La responsabilidad aquiliana queda estructurada cuando se comete el hecho ilícito y no cuando se acude a la justicia en demanda de resarcimiento.** Sentencia de 16 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jaime Rubio Cifuentes contra Rosa López de Mendoza. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESOLUCION DE CONTRATO. **Error de hecho y error de derecho.** Sentencia de 17 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Ilia Ramírez de Obando frente a "Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A.". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. **Técnica de casación. Proposición jurídica completa.** Sentencia de 23 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Luis Carlos Pinillos Benavides y otra frente a Francisco Gaitán Aldana y otra. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SEPARACION DE CUERPOS. **Derecho de contradicción. Una vez constituida la relación jurídica procesal salvo raras excepciones, es deber inexcusable del juzgador llamado a actuar, decidirla mediante una sentencia.** Auto de 23 de agosto de 1977. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. **Requisitos formales de la demanda.** Providencia de 29 de agosto de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. **Competencia. Primera y segunda instancia.** Auto de 29 de agosto de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. **Causal de nulidad por usurpación de competencia; casos en los cuales tiene lugar. Técnica de casación. Estado civil. Posesión notoria.** Sentencia de 29 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Héctor, Gabriel y Hernando Peña contra los sucesores de Ramón Milcíades Ochoa Cuervo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

REFORMA DE PARTICION SUCESORAL. **Litisconsorcio necesario. Error de hecho. Notificación mediante emplazamiento.** Sentencia de 30 de agosto de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario de Cecilia Laguna de Córdoba, Alirio y Luis Eduardo Laguna contra Elina Cartagena y otros. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

ACCION REIVINDICATORIA. **Excepción de prescripción extintiva.** Sentencia de 6 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Leonidas Herrera Bajonero, en su propio nombre y como representante de las sucesiones y sociedad conyugal ilíquidas de Felipe Herrera y Victoria Bajonero de Herrera, contra Beatriz Laverde de Gómez. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

ARRENDAMIENTO. **Recurso de revisión. Causales.** Sentencia de 7 de septiembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NULIDAD DEL REMATE EN PROCESO EJECUTIVO. **Técnica de casación. Causal segunda.** Sentencia de 13 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Marco A. Guzmán contra Her-

nando Rozo Sanmiguel, Reyes Ortegón Suárez y el Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

SIMULACION. **Nulidad. Error de hecho.** Sentencia de 13 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario promovido por Hernán Uribe Ruiz contra la sociedad conyugal disuelta que formaron Jorge Uribe y Blanca Madrid de Uribe. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL. **Casos en los cuales según la ley colombiana hay lugar a declararla.** Sentencia de 15 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en este proceso ordinario por David Restrepo Cárdenas frente a Miryam Hernández Jiménez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ACCION DE DOMINIO. **Ultra petita. Incongruencia.** Sentencia de 20 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Alcides Morant Orozco frente a Luis E. Valencia Jaramillo. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESOLUCION DE CONTRATO. **El pago.** Sentencia de 21 de septiembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario promovido por Hugo Revelo Medina contra Juan Agustín Cepeda. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SOCIEDAD DE HECHO MERCANTIL. **Error de hecho. Concepto. Requisitos.** Sentencia de 21 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Elías Hernán Zuluaga Cuervo contra Camilo Hoyos Clavijo. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. **Perjuicios en el recurso de revisión.** Sentencia de 22 de septiembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA. **Error de hecho.** Sentencia de 28 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario de Jesús Portela Alvarez contra la sucesión testada de Pompilio Tafur Bustamante, representada por Ana Silva Prieto Vda. de Tafur. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SEPARACION DE CUERPOS. **Causales.** Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR OCUPACION PERMANENTE. **Presupuestos procesales. Técnica de casación.** Sentencia de 29 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Alfonso Garcés Valencia contra el Municipio de Cali. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ACCION DE DOMINIO. **Para declarar en favor de alguien la prescripción adquisitiva de dominio es menester que la haya alegado como fundamento de una pretensión de declaración de pertenencia o en demanda de reconvención.** Sentencia de 29 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en este proceso ordinario que suscitó Edgar Urdiola Ruiz, frente a Leonisa Arboleda Vda. de Hoyos. Magistrado ponente: Doctor. Germán Giraldo Zuluaga.

SEPARACION DE CUERPOS. **Presupuestos procesales. Régimen probatorio.** Providencia de 29 de septiembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ACCION REIVINDICATORIA. **Requisitos de la acción. Técnica de casación.** Sentencia de 29 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este proceso ordinario promovido por María Mercedes Lasso de Timaran contra Carlos Gomojoa, Sofía Martínez de Gomojoa y Wercindo Pantoja. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. **Interpretación de la demanda. Impugnación de la legitimidad.** Sentencia de 3 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. **Prueba testimonial. Petición de herencia.** Sentencia de 30 de septiembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por María Mélida Lerma de Vidal y Carlos Arturo Lerma contra los herederos de Ernesto Torres Agrado. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SEPARACION DE CUERPOS. **Prueba testimonial.** Providencia de 28 de septiembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. Técnica de casación. Declara desiertos unos cargos por no reunir los requisitos formales. Providencia de 3 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SEPARACION DE BIENES. **Liquidación de la sociedad conyugal. Exclusión de bienes presentados en el inventario. Trámite, bienes sociales.** Sentencia de 4 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Jorge Enrique Fonseca Bernal contra María Cristina Méndez de Fonseca. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

ACCION RESCISORIA. **Vicios redhibitorios.** Setencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Pereira, en este proceso ordinario promovido por Raúl Hernando Rodríguez contra Luis Gonzaga Gutiérrez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. **Técnica de casación. Causal primera.** Sentencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario de Blanca Nieves Fonseca contra la cónyuge sobreviviente y herederos de Luis A. Cifuentes Niño. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

CONTRATO DE VENTA. **Técnica de casación. Requisitos de la demanda de casación.** Sentencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por "Factoría Industrial Metalmecánica Limitada" contra Industrias Forestales S. A., y "Agromotor S. A.". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

COMPRAVENTA. **Pacto de retroventa. Concepto.** Sentencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en este proceso ordinario suscitado por Hugo Revelo Medina contra Juan Agustín Cepeda. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

ORDEN HEREDITARIO. **Orden hereditario en grado excluyente. Concepto.** Sentencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario adelentado por José Matías Alvarez M. frente a Rafael Manotas Camargo y otros. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ACCION RESOLUTORIA. **Presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción. Excepción de contrato cumplido.** Sentencia de 11 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. **Prueba testimonial. Apreciación.** Sentencia de de 17 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso ordinario suscitado por Arcadio Niño contra el Municipio de Miraflores. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RECURSO DE REVISION. **Sentencia de Juez de menores, competencia. Nulidades.** Providencia de 24 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ACCION REIVINDICATORIA. **Elementos esenciales de la acción.** Sentencia de 28 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

LANZAMIENTO. Contrato de arrendamiento. Causales del recurso extraordinario de revisión. Providencia de 2 de noviembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. Técnica de casación. Proposición jurídica completa. Sentencia de 3 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso ordinario suscitado por Regina María Payares Mercado en frente de Francisco Javier López. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Técnica de casación. Demanda en forma. Sentencia de 3 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario de Manuel Antonio Cárdenas Bernal contra "Expreso Bolivariano S. A.". Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PERTENENCIA. Prescripción adquisitiva. Concepto. Fines. Sentencia de 10 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso de pertenencia de Eduardo Zapata contra Fernando Durán. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

PATERNIDAD NATURAL. error de hecho. Sentencia de 10 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario de José Carlos Guzmán contra Blanca Cecilia Soriano Hernández. Magistrado ponente Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. Prueba del estado. Sentencia de 15 de noviembre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ACCION REIVINDICATORIA. Error de hecho. Sentencia de 16 de noviembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por Raúl Romano Marún y otros contra "Grasas y Aceites Vegetales Gracetales. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. Posesión notoria. Elementos: el trato y la fama. Régimen probatorio. Sentencia de 22 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de Jorge Enrique Alvear contra el menor Jorge Daniel Chalela Sánchez, representado por su madre natural Lilia Sánchez y como heredero único de Jorge Chalela Rezk. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Violación directa e indirecta de la ley sustancial. Sentencia de 28 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por Francisco Ramírez Gómez contra "Purina Colombiana S. A.", Compañía Anónima con sede social en esta ciudad. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REGIMEN CONTRACTUAL. Aplicación de la ley vigente en el momento de la infracción del contrato. Sentencia de 28 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Pedro Arturo Bogotá contra Alfredo Roberto Koch. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. Incongruencia. Sentencia de 28 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario que promoviera el Instituto de Crédito Territorial contra Juan Gaitán Chávez y Rafael Gaitán Forero. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén del fallo anterior.

CONTRATO DE TRANSPORTE. Concepto del contrato de transporte. Responsabilidad del transportador. Sentencia de 29 de noviembre de 1977. CONFIRMA la proferidad por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de EL PAIS LTDA., de Cali, contra FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PATERNIDAD NATURAL. **El proceso de revisión no conoce limitaciones, en cuanto al debate sobre filiación natural por lo que atañe a causales y a pruebas.** Sentencia de 12 de diciembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario de Julian Alhach contra la menor María Consuelo Perea, representada por un curador **ad litem**. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. **Error de hecho.** Sentencia de 14 de diciembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el proceso ordinario de Luis Haupt R. contra "Compañía Suramericana de Seguros S. A." y "Compañía Suramericana de Capitalización. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. **Error de hecho.** Sentencia de 14 de diciembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Alfredo Antonio Almanza, representado por su madre natural María Ceferina Almanza contra los herederos testamentarios de Miguel Antonio Sosa Céspedes. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SALA DE CASACION LABORAL

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de enero 24 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Martha Lía Mesa F. contra Cessnyca Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. **Proposición jurídica incompleta. "Puertos de Colombia" "es un establecimiento público".** La Corte por sentencia de enero 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Blanca Uribe de Perdomo contra Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de febrero 10 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Antonia Nieto Landínez contra Radio Santa Fe Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de febrero 10 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cristóbal Cárdenas Molina contra Sociedad Colombiana de Vigilancia S. A., Socovig. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERRORES DE HECHO. **(Existencia de ellos).** La Corte por sentencia de febrero 17 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gilberto Vergara Ruiz contra Jardines del Apogeo Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

LA EQUIVOCACION DE HECHO NO APARECE CONFIGURADA. La Corte por sentencia de febrero 17 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Octavio Silva Cruz contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. **(Prescripción. Buena fe patronal.** La Corte por sentencia de febrero 24 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Medellín en el juicio de Celia Rosa Alvarez contra la Compañía de Empaques S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

SEGUN EL ARTICULO 28 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, EL TRABAJADOR PUEDE PARTICIPAR DE LAS UTILIDADES Y BENEFICIOS DE SU PATRONO PERO NUNCA DE RIESGOS O PERDIDAS. La Corte por sentencia de marzo 1º de 1977, CASA PARCIALMENTE la

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Barreneche A. contra Distribuidora de Equipos Industriales Amerex S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. **Defectos estructurales del cargo.** La Corte por sentencia de marzo 3 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Teresa Cadavid de Alzate contra la Universidad Nacional de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS. La Corte por sentencia de marzo 7 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Amilkar Ariza Gómez contra Grupo Colsalud Compañía Colombiana de Servicios de Salud S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. **No configurado con evidencia que deben tener esos errores para que puedan alegarse eficazmente en el recurso extraordinario de casación.** La Corte por sentencia de marzo 10 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alberto Ochoa Ochoa contra la Empresa Arauca Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. **Proposición jurídica incompleta.** La Corte por sentencia de marzo 11 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Antonio de Jesús Orrego Sánchez contra Compañía Colombiana S. A. de Tejidos "Coltejer", Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. **Capital de la Empresa.** La Corte por sentencia de marzo 11 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Disrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Horacio López Cadavid contra Remolcadores Santas Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALLO EXTRA PETITA. **Pensión especial de jubilación.** La Corte por sentencia de marzo 17 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José de Jesús Parra Chalarca contra Siderúrgica de Medellín S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. **(Artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968).** La Corte por sentencia de marzo 17 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Arsenio Abril Niño contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INTERPRETACION Y APLICACION DEL NUMERAL 2º DEL ARTICULO 5º DEL DECRETO 2351 DE 1965. La Corte por sentencia de marzo 17 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de José Aldemar Gálvez contra el País Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

SALARIOS VARIABLES. **(Artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo).** INDEMNIZACION MORATORIA. **(Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Buena fe patronal o falta de ella).** La Corte por sentencia de marzo 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alvaro Mariscal Merino contra Almacén Panamericano Serna Aguirre Limitada y a Reinolfo Serna Gómez y Luz Eugenia (Lucero) Aguirre. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. **Indemnización moratoria. (Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).** La Corte por sentencia de marzo 23 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio de Mendelson Ruiz contra Velsicol Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. **Proposición jurídica incompleta.** La Corte por sentencia de marzo 23 de 1977, NO CASA la proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alonso Benjumea Alvarez contra Distribuidora Coquito de Ediciones S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de marzo 24 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eulalia Guerra contra el Sindicato de Trabajadores del Consorcio Metalúrgico Nacional S. A. y a la Sociedad denominada Consorcio Metalúrgico Nacional S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de marzo 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de José María Zabaleta Gale contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

TRABAJADOR OFICIAL SEGUN LA CORRECTA APLICACION DEL DECRETO 3135 DE 1968. **Prescripción de la acción, según el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo. Interrupción de la prescripción.** La Corte por sentencia de marzo 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Camelo Arenas contra el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de marzo 31 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Benjamín Villar Barrios contra Terminal Marítimo Fluvial de Barranquilla. Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

VIABILIDAD DE UN CARGO EN CASACION. La Corte por sentencia de abril 13 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Joselín González Figueroa contra Antonio María Chaparro Buitrago. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EL PERITAJE Y LA INSPECCION OCULAR. La Corte por sentencia de abril 14 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Wilson Marino Carvajal Rivera contra Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 14 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lorenzo Sánchez Paredes contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 15 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Iván González Quirós contra Compañía de Seguros de Vida Skandia de Colombia S. A. y Compañía de Seguros Skandia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

JUSTA CAUSA DE DESPIDO. La Corte por sentencia de abril 19 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Héctor Ramiro Melo contra Pizano S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Carlos Muñoz Jiménez contra Elías Borrero Durán. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Saénz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Raúl Cano Rivera contra Cyanamid de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jor-

ge Alirio López contra el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de abril 22 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alejandro Oliveros Cortés contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO INJUSTO. La Corte por sentencia de abril 23 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Tulio López Gómez contra Editores Unidas Colombianos Ltda. Educol. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 23 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Darío Ramón Villamizar contra Empresas Municipales de Cúcuta. Magistrado ponente. Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

PENSION DE JUBILACION. La Corte por sentencia de abril 26 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de José Manuel Elías Mendoza contra Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Jesús María Ramírez contra Transprensa Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de abril 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Oscar Benavides Carrillo contra Central Arrocera del Llano Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

POTESTAD DE LOS FALLADORES DE INSTANCIA DE APRECIAR LIBREMENTE LAS PRUEBAS ADUCIDAS AL JUICIO. La Corte por sentencia de abril 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Miguel Antonio Schiller de la Hoz contra Agrícola y Ganadera la Revancha Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

JUSTA CAUSA DE DESPIDO. La Corte por sentencia de abril 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Roviro Marriaga Rada contra Electrificadora del Atlántico S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PRUEBA PERICIAL. La Corte por sentencia de mayo 2 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jairo Isaza Sánchez contra Parque Cementerio de la Inmaculada Limitada y Agropecuaria Andina Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ALCANCE E INTERPRETACION DEL ARTICULO 39 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de mayo 5 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Gladis Reales Hernández contra Confecciones Vanytor Ltda., Casa Vargas Ltda. y Jorge A. Vargas e Hijos Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 5 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Julian Alberto González Igirio contra Instituto de Crédito Territorial. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 10 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Socorro Vélez contra Mercedes Colorado

de Uribe. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

CONSIGNACION HECHA POR EL PATRONO EN VIRTUD DE LO ORDENADO POR EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lucía Esperanza Arango de Montoya contra Organización Comercial Fabrex. Daniel Gómez T. & Cía. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Eduardo La Rotta L. contra Compañía Colombiana de Seguros, Compañía Colombiana de Seguros de Vida. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Antonio Díaz contra Cementos Diamante S. A. y Concretos Diamante S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Domingo González Díaz contra Detergentes S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

TRABAJADORES OFICIALES. La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Antonio Rozo Pinilla contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 13 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Miguel Guzmán Jiménez contra Banco Popular. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de mayo 13 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de César Alfonso de Vera Chona contra Envases Industriales del Caribe Ltda. y Envases Metálicos Gallardo Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FACULTAD LEGAL DEL PATRONO DE DESPEDIR A QUIENES HUBIESEN INTERVENIDO O PARTICIPADO EN UNA SUSPENSION O PARO COLECTIVO DE TRABAJO DECLARADO ILEGAL POR EL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. La Corte por sentencia de mayo 18 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Eparquio Rebolledo contra Pizano S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de mayo 25 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Palau Suárez contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE IDONEIDAD LEGAL DE LAS PRUEBAS EN QUE LOS CARGOS FUNDAN LOS ERRORES DE HECHO QUE LES ATRIBUYEN AL TRIBUNAL. La Corte por sentencia de mayo 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Dolores Herrera contra Instituto Nacional de Fomento Municipal. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EVIDENTE ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de mayo 27 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Eduardo Ortiz contra Grifos y Válvulas S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de junio 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Sigifredo Saldarriaga contra La Nacional, Compañía de Seguros

Generales de Colombia S. A., La Nacional, Compañía de Seguros de Vida S. A. y La Nacional, Compañía de Capitalización y Ahorro S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INEXISTENCIA DE ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de junio 30 de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cecilia Osorio Herrera contra Compañía Colombiana del Caribe Ltda. Colcaribe. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 7 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Artemio Salas Ortega contra "Aerovías Nacionales de Colombia S. A.". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 7 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Palacios de León contra Productora de Papeles S. A., Propal. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 14 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Augusto Currea Currea contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 14 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Félix Antonio Mosquera Peña contra Country Club de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Pedro Charria Angulo.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 21 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Miguel Angel Hernández contra Tejidos Leticia Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

REINTEGRO DEL TRABAJADOR. La Corte por sentencia de 22 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Hernando Restrepo Posada contra Pablo Molina C. y Hnos. Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 25 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis A. Rojas Cruz contra Cocotales de Brazo Seco Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Empresas Municipales de Cúcuta. La Corte por sentencia de 26 de julio de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de José Aristóbulo Castro Lobo contra Empresas Municipales de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE LAS PRUEBAS ACERCA DE LA REMUNERACION. ESTIMACION PERICIAL. La Corte por sentencia de 28 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Calderón Mosquera contra Sindicato de Trabajadores de la Compañía Minera del Chocó Pacífico S. A. Magistrado ponente: Doctor Pedro Charria Angulo.

SANCION MORATORIA. La Corte por sentencia de 28 de julio de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Luis Soca González contra Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Pedro Charria Angulo.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 28 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alejandro Martínez Granados contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 29 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Plata Clavijo contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE CLARIDAD DE LA DEMANDA. La Corte por sentencia de 29 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de María del Pilar González de Gutiérrez contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de 4 de agosto de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Edgar Guillermo Torres Cárdenas contra la Fundación Universidad Incca de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

JUSTA CAUSA DE DESPIDO. La Corte por sentencia de 11 de agosto de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Orlando Gómez Mendoza contra Pizano S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 11 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Laura Ramírez de González, Rosalba Olga, Judith, Samaria, Oscar, Mario, Iván y Adiel González Ramírez contra Hernán Gutiérrez Arango. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PENSION PROPORCIONAL DE JUBILACION. La Corte por sentencia de 11 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Libardo Alvarez Múnera contra Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. Fabricato. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 12 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Darío Palacio Vélez contra Damton Buxton de Colombia Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FONDO NACIONAL DE AHORRO. La Corte por sentencia de 17 de agosto de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Manuel Niño Villa contra la Nación (Dirección General de Navegación y Puertos, División de Dragados del Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 18 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Antonio Cabezas Perdomo contra la Comunidad Cogualpa (Hacienda la Alquería). Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 18 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marcelino Reyes Orjuela contra Talleres Centrales S. A. e Industrias Centrales de Acero S. A. "Induacero". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 19 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Enrique Arenas contra Cementos Boyacá S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONFESION DEL REPRESENTANTE LEGAL. La Corte por sentencia de 19 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Tiberio González contra Guillermo Gómez Sierra. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERRROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 25 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Rafael Borrero de la Rosa contra la Texas Petroleum Company. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 25 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José del Carmen Vargas contra Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES). Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

SALARIO. La Corte por sentencia de 29 de agosto de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Víctor Acero Pinto contra Plaza y Janes Editores Colombia Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Ariel Sánchez Orrego contra C. Londoño & Cía Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 1º de septiembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Hoyos Lascano contra Aerolíneas Tao Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 1º de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Cedeño Saavedra contra el Instituto de Crédito Territorial. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 2 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marcelino Archila Montealegre contra Distribuidores de Equipos Industriales "Amerex S. A.". Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 7 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Peña Pava contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 8 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor Alfonso Ramírez contra Transportes Aéreos del Cesar Ltda. Tac. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 8 de septiembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Salvador Bendek contra "The S. E. Massengill Company" y el Instituto Médico Sanicol S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 12 de septiembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Noé Tirado Paniagua contra Industrias Estra S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 14 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Bernal Rodríguez contra Fábrica de Transformadores T. y F. Fernández & Cía. Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 20 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Germán Gutiérrez Albarracín contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

SERVIDORES DEL RAMO DOCENTE DENTRO DEL REGIMEN DE LA LEY 6ª

DE 1946. La Corte por sentencia de 22 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Jairo Antonio Mena Pérez contra el Municipio de Cúcuta y el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 22 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ernesto Rodríguez Ascensio contra el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA". Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 23 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José E. Sanabria y Ofelia de Caro Otálvarez contra "Aerovías Regionales de Colombia S. A. AEROVIAS, antes Aerotaxi S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 26 de 1977, NO CASA la proferidad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Efraín Rodríguez Cruz contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 28 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Gerardo Arteaga Vega contra el Circuito Radial de Nariño, La Voz del Galeras Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 28 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lucila Martínez de Arce contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Chacón contra Muebles Plata Tamayo e Hijos Ltda. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Jaime Osorio Rojas contra Tejidos Unica S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gabriel Escobar Sanín contra Jardines del Recuerdo de Bogotá, S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FONDO NACIONAL DE AHORRO. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Virgilio Roríguez Asencio contra La Nación Colombiana (Dirección General de Navegación y Puertos de la División de Dragados, Ministerio de Obras Públicas). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO CON LA EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Isidoro Carrillo contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. La Corte por sentencia de 29 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Laurencio Quintero contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 30 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Manuel José Sepúlveda García contra Luisa Toro Echeverri. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 30 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de el Sindicato de Trabajadores de Landers y Cía contra Landers Mora y Cía S. A. de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

INDEMNIZACION POR MORA QUE SE DESPRENDE DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 797 DE 1949, REGLAMENTARIO DE LA LEY 6ª DE 1945. La Corte por sentencia de 5 de octubre de 1977, CASA PARCIALMENTE, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Enrique Monroy Gil contra Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 6 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el Juicio de Cenelia Gómez de Gómez contra Inmobiliaria de Occidente Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FONDO NACIONAL DE AHORRO. La Corte por sentencia de 7 de octubre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Vicente González Candelo contra Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PRESCRIPCION. La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Rodolfo Elsín Osorio contra Chevron Petroleum Company of Colombia. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

ORIGEN LEGAL DEL BANCO CENTRAL HIPOTECARIO. La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Elvira Añez viuda de Gómez contra Banco Central Hipotecario. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ALCANCE DEL ARTICULO 40 DEL DECRETO 2351 DE 1965. La Corte por sentencia de 17 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernán Nungo contra Transformadores Ruiz Mora Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 17 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Julio Vargas Parra contra Departamento de Cundinamarca y el Fondo Prestacional de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 19 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Aurelio García contra el Banco Nacional de Paris. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 19 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Romel Fernando Jáuregui contra Empresas Municipales de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

PRUEBAS NO CALIFICADAS. La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Adán Martínez Herrera y otros contra Almacenes Generales de Depósito Santa Fe. "Almaviva". Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de María Candelaria Abril Goyeneche contra Cementos Boyacá S. A. Ma-

gistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mercedes Moreno contra Emilio Bokovza. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 21 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis E. Gutiérrez Sierra contra Empresa Satena. Servicio Aéreo a Territorios Nacionales. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 27 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hugo Ballesteros Patarroyo contra Olivetti Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 28 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Enrique Doncel Ortiz contra Banco Santander. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO. La Corte por sentencia de 28 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Oscar Iván Carmona Atencio contra Industrias Fairbanks Morse de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

DEFECTO DE TECNICA. La Corte por sentencia de 28 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julia Iriarte de Lindberg contra Secphisical Service Incorporated. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 3 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Roberto Londoño T. contra Hotel Continental Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

SERVIDORES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA). La Corte por sentencia de 3 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Lozano Castañeda contra Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 3 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Marco Antonio Hawkins Robinson contra South American Gulf Oil Company. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 4 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Francisco Velásquez Bello contra Fumigación Aérea Urdinola Ltda. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora.

EL FIN PRINCIPAL DEL RECURSO DE CASACION ES EL DE UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL DEL TRABAJO. La Corte por sentencia de 10 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Rafael Antonio Lucuara Rojas contra Cartón de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES OFICIALES CUANDO INCUMPLEN SU OBLIGACION DE TRASLADAR AL FONDO NACIONAL DE AHORRO EL VALOR DE LOS AUXILIOS DE CESANTIA CORRESPONDIENTE A SUS TRABAJADORES. La Corte por sentencia de 10 de noviembre de 1977, CASA la proferida por

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Eugenio Humberto Sarmiento López contra la Nación Colombiana. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 16 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Pinto Angel contra Corporación de Viajes —Coviajes—. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 17 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Hernán Saldarriaga Uribe contra Cooperativa Rosellón Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 18 de noviembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Lilia Ferro de Esteban contra Alimentos Concentrados del Caribe Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 21 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Carlos Alfredo Pinillos García contra Impregilo S. P. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 21 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Alberto Ramos Fierro contra Fumigación Agraria del Meta Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 22 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Victor Villao G. Contra Compañía de Níquel Colombiano S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

EMPLEADOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de 22 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rodolfo Humberto Camargo Osorio contra Universidad Nacional de Colombia. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Carlos Arturo Puerta Londoño contra Urbanizadora Piedrahita Ltda. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz.

EMPLEADOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Mario Velásquez Villegas contra la Nación. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

EMPLEADOS PUBLICOS. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Enrique Pérez Coba contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

SERVIDORES PUBLICOS. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Marco Tulio Díaz Serrano contra Empresas Públicas de Neiva. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

TRABAJADORES FERROVIARIOS PARTICULARES. Pensión de Jubilación. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Octaviano Rivera contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CONTRATO DE TRABAJO. La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Humberto Barrero Gránger contra Servicio Nacional de Aprendizaje Sena. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

BUENA O MALA FE PATRONAL. INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 1º de diciembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Akira Beda contra Go. Bussan Co. Ltda. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

ERRORES DE HECHO. La Corte por sentencia de 1º de diciembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José María Fuentes Herrera contra Singer Sewing Machine Company. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ana Manrique de Cardozo contra Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cecilia Ramos de Ballén contra Oftalmos S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

DESPIDO DEL TRABAJADOR CON JUSTA CAUSA. INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 13 de diciembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Misael Rondón Domínguez contra Singer Sewing Machine Company. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

PRETENSION AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION CONSAGRADA EN EL ARTICULO 8º DE LA LEY 171 DE 1961. La Corte por sentencia de 5 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Fierro Fierro contra Bavaria S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. La Corte por sentencia de 7 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Floralba Gil Flórez y Enriqueta Flórez Vda. de Gil contra Industrial Hullera S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

INDEMNIZACION MORATORIA. La Corte por sentencia de 9 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Luis Grugés G. contra Colombiana de Textiles y Confecciones Ltda. —Coltexco—. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello.

FALTA DE TECNICA. La Corte por sentencia de 13 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Urbano Silva Pertuz contra Industria Colombiana de Artefactos S. A. —ICASA—. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

ERROR DE HECHO. La Corte por sentencia de 14 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Hernando Ramírez Ordóñez contra Flota Mercante Gran Colombiana S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Páginas

SIMULACION.— *Confesión del menor y del curador* ad litem. *Error de derecho en la apreciación de la confesión. Donaciones entre esposos y por causa o razón de matrimonio.*— Sentencia de 26 de enero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Francisco Restrepo Idárraga frente a Nelly del Socorro López de Restrepo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 7

RECURSO DE REVISION.— *Casos en que ocurre nulidad por falta de notificación o emplazamiento. Saneamiento de nulidades procesales.*— Sentencia de 31 de enero de 1977. Proferida en el recurso extraordinario de revisión interpuesto por "Hotel Americano Ltda." contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso de lanzamiento instaurado por "Atlantic and Internacional Finance Limited" frente a la entidad "Casino Turístico de Cartagena Ltda.". Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 18

RECURSO DE QUEJA.— *Interés para recurrir. Demandante y demandado, mientras permanezcan en el proceso, tienen derecho de impugnación.*— Auto de 9 de febrero de 1977. Decide la Corte el recurso de queja introducido en este proceso ordinario instaurado por María Aydeé Tafur de Velásquez frente a los herederos de Prudencia Restrepo Gallego. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén. 31

Páginas

SEGURO DE VEHICULOS.— *Pruebas decretadas de oficio. Tradición de automotores. Interés del asegurado.*— Sentencia de 12 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario que, contra la Sociedad Compañía Internacional de Seguros S. A., suscitó Oscar Valencia López. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 34

SEPARACION DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO DE LOS CONYUGES.— Sentencia de 10 de febrero de 1977 por la cual se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso suscitado por los cónyuges Carlos Gómez Suárez y Flor Estrella Fernández de Suárez. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 42

SEPARACION DE CUERPOS.— (*De matrimonios católicos ante jueces civiles*). Sentencia de 14 de febrero de 1977. Por la cual se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso suscitado por María Olga Corral de Osorio y Abel Augusto Osorio Montes. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda. 45

TRANSPORTE. — *Responsabilidad del transportador. Hechos que configuran la responsabilidad por incumplimiento. Ley aplicable. La cosa transportada es siempre un cuerpo cierto, no un bien de género.*— Sentencia de 21 de febrero de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proso ordinario de la Federación Nacional

Páginas

de Algodoneros contra la Cooperativa Santandereana de Transportes Limitada. Copetrán. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 53

FILIACION NATURAL.— *Pruebas de oficio. Preterición y petición de herencia.* Sentencia de 24 de febrero de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en este proceso ordinario suscitado por Absalón Jeramaz frente a los herederos de Tomás Jeramaz. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 63

TESTAMENTO CERRADO.— *Solemnidades* ab substantiam *y* ad probationem. Sentencia de 3 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso ordinario de José Antonio, Manuel Timoteo y Agripina Sierra Cetina contra Heliodoro Santoyo Merchán y Alfredo Luque Saavedra. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 69

SEGUROS.— *Subrogación del asegurador en los derechos del asegurado.*— Sentencia de 4 de marzo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por "Compañía de Seguros Skandia S. A.", contra la entidad Transportes Duque S. A., Transduque. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 78

SEGUROS.— *Carga de la prueba.*— Sentencia de 21 de marzo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario instaurado por Leonor García de Arrubla contra la Compañía Suramericana de Seguros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 83

OBJECIONES A LA PARTICION.— *Nulidades procesales. Medio nuevo. Derechos de la viuda cuando opta por gananciales.*— Sentencia de 1º de abril de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que aprobó la partición efectuada en el proceso sucesorio de Octaviano Sánchez Contreras. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 91

RECURSO DE SUPLICA.— *Requisitos.* Auto de 20 de abril de 1977. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 104

PROMESA DE CONTRATO.— *Resolución por incumplimiento. Arras. Caducidad del retracto. Principio de la simultaneidad. Los perjuicios sufridos por el incumplimiento deben probarse.*— Sentencia de 10 de mayo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en este proceso ordinario instaurado por Francisco Javier Rodríguez Caballero frente a Armando Gómez España. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 106

COMPRAVENTA.— *Pacto comisorio simple y calificado. Requisitos para su resolución en caso de pacto comisorio.*— Sentencia de 10 de mayo de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso ordinario instaurado por Juan José Restrepo Uribe frente a Luis Eduardo Luna Cuenca. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 123

PAGO DE LO NO DEBIDO POR IMPUESTOS.— *Debe definirlo la jurisdicción contencioso administrativa.*— Sentencia de 23 de mayo de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este proceso instaurado por los herederos de Carlos Vélez Pombo contra la Nación colombiana. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 133

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.— *Responsabilidad del dueño de las cosas inanimadas. Distintos términos de prescripción de la acción civil. Solidaridad de los responsables. Concurrencia de culpas. Seguros: prescripción de las acciones derivadas de este contrato.* Sentencia de 4 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario pro-

Páginas

movido por Rosa María Bustamante de García, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos demandaron a Raúl Escobar Restrepo y a Angela Villegas de Escobar. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 139

RESCISION POR LESION ENORME.—*Elementos de la acción. Error de hecho en la apreciación de la prueba de peritos.* Sentencia de 5 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso ordinario adelantado por Ramiro Benedetti Rodríguez contra Enrique Narváez Lorza. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 155

SEPARACION DE CUERPOS.— *Causales y consecuencias.*— Sentencia de 8 de julio de 1977. CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en este proceso abreviado que suscitara Ellen del Socorro Karolawicz frente a su legítimo marido Luis Armando Trimiño. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 162

PROMESA DE VENTA.— *Determinación del precio de venta.*— Sentencia de 8 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en este proceso ordinario instaurado por Miguel Arbeláez Arbeláez frente a Sergio Sanclemente Duplat y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 165

SALVAMENTO DE VOTO del fallo anteriormente publicado. Magistrados: Doctores Ricardo Uribe Holguín y Germán Giraldo Zuluaga 182

VENTA POR CABIDA.— Sentencia de 18 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Capitolino Triana contra Excehomo Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 184

ACCION PAULIANA.— *Término para instaurarla.*— Sentencia de 18 de julio de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario de Isabel Castro de Hernández, María Dolores Castro A., el "Fideicomiso testamentario constituido por medio de la Escritura número 2192 de fecha 30 de noviembre de 1956 de la Notaría Segunda de Ibagué" y la sociedad de hecho "Felipe Castro G. Sucesores", contra Isabel Aguiar viuda de Castro y la sociedad comercial "Agrícola y Ganadera de Cucuana Limitada". Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 192

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA.— *Concurrencia de culpas.*— Sentencia de 27 de julio de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario instaurado por Gilma Pimiento de Badillo y otra frente a Hiznardo Ariza Hernández y otro. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 205

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Doctor Ricardo Uribe Holguín del fallo anteriormente publicado 217

FILIACION NATURAL.— *Derecho hereditario del hijo natural en concurrencia con legítimo.*— Sentencia de 4 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Eduardo Enrique Rodríguez Suárez contra Silveria Cruz viuda de Rodríguez, María Olga Rodríguez de Lozano y Judith Rodríguez Cruz. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 219

PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION.— *Derecho de representación.* Sentencia de 17 de agosto de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este proceso ordinario de Zoila Rosa Ortega Chamorro de Lucero contra todos los adjudicatarios de los bienes que pertenecieron al causante Julio Ortega Bastidas. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 224

VENTA POR CABIDA.— *Oportunidad para recurrir, en caso de sentencia comple-*

Páginas

mentaria o cuando se niega esta. Revocación oficiosa del auto admisorio de la demanda.— Auto de 29 de agosto de 1977. Deja sin valor su auto de 6 de julio último y, en su lugar, declara que es INADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION que interpuso Ernesto Vargas Ardila contra la última de las condenas que contiene la sentencia de 6 de mayo de 1976, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Erasmo Pinzón Rodríguez contra Erasmo Pinzón Méndez. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 232

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén del auto anteriormente publicado 234

RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO. *Sociedad de hecho en el nuevo Código de Comercio. (su legitimación en causa pasiva). Reserva de dominio. Seguros. Contratos de adhesión.*— Sentencia de 9 de septiembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso instaurado por Eduardo Restrepo Daeghsel contra "la sociedad comercial Sarmiento & Montes, sociedad de hecho domiciliada en Bogotá, solidariamente con sus socios señores Alfonso Montes Madero y otra". Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 236

MANDATO.— *Llamamiento en garantía.* Sentencia de 28 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en este proceso ordinario promovido por Antonio Blanco frente a Jules Garzón Albarracín. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 248

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.— *Congruencia. Error en la interpretación de la demanda. Accesión.*— Sentencia 28 de septiembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Berto Ciro Camacho Varela y otro frente a la sociedad "Jorge Simpson & Cía. Limitada" y otro. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 256

REIVINDICACION.— *Por el legatario de su asignación.*— Sentencia de 4 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por la Comunidad Franciscana de Colombia contra Carlos Eduardo Serrano Torres. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 272

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Doctor José María Esguera Samper al fallo anteriormente publicado 280

NULIDAD DE LA COMPRAVENTA.— *Indeterminación del objeto.*— Sentencia de 4 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por Leonidas Barrero Moreno en frente de Oswaldo Acosta Bonilla. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 281

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR IMPUTACION DE FALSO DELITO.— *Cómo ha de ser el daño indemnizable. Cuándo se incurre en abuso del derecho.*— Sentencia de 11 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario instaurado por Ignacio Antonio Macías Gómez en frente de Alfonso Fiesco Toledo y otros. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 287

REVISION DE SENTENCIA DE JUEZ DE MENORES.— Sentencia de 17 de octubre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por José Nicodemus Salcedo Ruiz frente a Luis Henry Beltrán. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 296

FILIACION NATURAL.— *Tacha de falsedad de documento. Dictamen pericial: idoneidad de las partes.*— Sentencia de 3 de noviembre de 1977. CASA la profe-

Páginas

rida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario promovido por Luz María Candelo contra las herederas de Edmond Zaccour. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 303

REIVINDICACION.— *Apreciación de las pruebas: error de hecho y error de derecho.*— Sentencia de 3 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Isidro Muñetones en frente de Alfonso Zamora. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 312

OBLIGACION DE HACER.— Sentencia de 3 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal de Valledupar en este proceso ordinario de Claudio Morón Moscote contra Conservas California S. A. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín 320

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Ballén del fallo anteriormente publicado 336

PETICION DE HERENCIA.— *Los hijos ilegítimos son asignatarios del padre bajo condición suspensiva y la herencia se les defiere al momento de cumplir la condición. Acción de reforma del testamento. Desde cuando se cuentan los términos para instaurar acción de reforma del testamento y la de petición de herencia.*— Sentencia 7 de noviembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso interpuesto por Ligia Ramírez de González contra Genoveva Guzmán de Villegas y otros. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 340

Páginas

SEGURO DE TRANSPORTE.— *Póliza flotante y automática.*— Sentencia de 16 de noviembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario iniciado por Malterías Unidas S. A., frente a Seguros Comerciales Bolívar S. A. Magistrado ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda 353

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA.— Sentencia de 21 de noviembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Blanca Stella Reyes de Cáceres y otros frente a los herederos de Emilio o Germán Emigdio Gómez Hoyos. Magistrado ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga 388

NULIDAD DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA.— *Acumulación sucesiva.* Sentencia de 28 de noviembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso ordinario promovido por Domingo A. Quintero contra José Efraín Loaiza y otros. Magistrado ponente: Doctor José María Esguerra Samper 397

REIVINDICACION.— *Prueba del dominio.* Sentencia de 14 de diciembre de 1977. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Gustavo Uribe Aldana y otros contra José Agustín Zarta. Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén 405

BANCOS.— *Canje: presentación de cheque en Cámara de Compensación.*— Sentencia de 14 de diciembre de 1977. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Banco de Colombia S. A., contra Banco del Estado S. A., Sucursal de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Alberto Ospina Botero 422

SALA DE CASACION LABORAL

Páginas

HOMOLOGACION.— La Corte por providencia de enero 18 de 1977, FALLA: Primero: Del Laudo Arbitral de diez y seis (16) de febrero de 1976, proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el diferendo entre la Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá "Coomotor" y el "Sindicato de Motoristas y Trabajadores de la Industria del Transporte Automotor de Colombia" "Unimotor" decláranse INEXEQUIBLES los artículos: a) El artículo 1º en la parte que dice: "La Empresa denominada Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá "Coomotor" garantiza plena estabilidad a todos los trabajadores a su servicio, y en consecuencia no podrá hacer despidos sin justa causa comprobada", y b) Los artículos 14, 20 y 23 bis, y el llamado "Anexo". Homológase en todo lo demás. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 450

INHIBICION DE PRONUNCIARSE EN EL FONDO POR INHABILIDAD ESTRUCTURAL DEL LIBELO.— La Corte por sentencia de enero 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Castro Márquez contra Inmobiliaria de Crédito S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz ... 461

VALOR DEL SALARIO EN ESPECIE.— *Lugar en donde debe hacerse la consignación.*— La Corte por sentencia de enero 27 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el juicio de Rafael Vence Zabaleta contra Helicópteros Nacional de Colombia S. A. (Helicol). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 467

Páginas

AUTORIZACION GLOBAL QUE EL TRABAJADOR DA AL PATRONO PARA QUE ESTE LE HAGA CIERTOS DESCUENTOS.— La Corte por sentencia de febrero 2 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Reinaldo Arango Fernández contra las Empresas Clute de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 474

PENSION DE JUBILACION CUANDO HA PRESTADO SERVICIOS EL TRABAJADOR DURANTE VEINTE AÑOS O MAS BAJO TEMPERATURAS ANORMALES, SIN CONSIDERACION A LA EDAD DEL OPERARIO.— La Corte por sentencia de febrero 9 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Mario de Jesús Urán contra Siderúrgica de Medellín S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 482

EL ARTICULO 23 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, ES UNA DISPOSICION MERAMENTE ENUNCIATIVA Y NO ATRIBUTIVA DE DERECHOS, PORQUE APENAS INDICA CUALES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO.— La Corte por sentencia de marzo 31 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Julián Acosta Durán contra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 486

CONTRATO DE TRANSACCION.— *Pensión restringinda.*— La Corte por sen-

Páginas

tencia de febrero 9 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ligia Cárdenas viuda de González contra Almacenes Olarte Vélez, Restrepo, Jaramillo y Cía. Limitada. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 490

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO PARA DIRIMIR EL DIFERENDO LABORAL SURGIDO ENTRE EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA Y ESA FABRICA.— (Laudo Arbitral). La Corte por providencia de febrero 10 de 1977, ANULA el Laudo proferido el 23 de septiembre de 1976, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y la Fábrica de este mismo nombre. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 499

ERROR DE HECHO.— (*Despido injusto*). La Corte por sentencia de febrero 14 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carmen Villaveces Martínez contra la Corporación Cultural Alejandro Von Humboldt —Colegio Andino—. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 504

PERIODO DE PRUEBA.— (*Remuneración de los descansos en domingos y festivos*).— La Corte por sentencia de febrero 24 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Mario Alberto Escobar Acevedo contra Gómez Arrubla Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 515

OBLIGACION SOLIDARIA.— La Corte por sentencia de febrero 28 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gabriel Burgos Jaramillo contra Gran Cadena de Almacenes Colombianos S. A. (Cadenalca). Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 522

CONTRATO DE TRANSACCION ENTRE LA EMPRESA Y SU SINDICATO.— La Corte por sentencia de febrero 28 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio del Sindicato de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares contra Cristalería Peldar S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 528

PAGO DE COMISIONES POR SERVICIOS PRESTADOS POR AGENTES VENDEDORES DE SEGUROS.— *Documentos auténticos*. (*Error de hecho*). (*Indemnización moratoria*). (*Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo*). *Plazo para pagar los salarios y prestaciones sociales*.— La Corte por sentencia de marzo 4 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Carlos Betancur Velásquez contra Pan American Life Insurance Company y Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 532

RETENCION DE SALARIOS SIN AUTORIZACION ESCRITA PARA ELLO.— La Corte por sentencia de marzo 10 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Tránsito Ramírez de González contra Sociedad Caro y Díaz Plaza Ltda. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 545

ALCANCE DEL ARTICULO 4º DEL DECRETO 2127 DE 1945.— La Corte por sentencia de marzo 18 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio

Páginas

de José Vicente Peláez Devia contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 551

LA PRUEBA DE CONFESION. APRECIACION ERRONEA.— *Prueba pericial.*— La Corte por sentencia de marzo 18 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Germán Izquierdo Serrano contra Texas Petroleum Company. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 554

PRESUNCION LEGAL ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 24 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.— La Corte por sentencia de marzo 25 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Gustavo Romero Escobar contra Cementos del Caribe S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 559

TRABAJO OCASIONAL, ACCIDENTAL O TRANSITORIO.— (*Artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo*). *"Labores ocasionales o transitorias" (numeral 2º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965".* La Corte por sentencia de marzo 25 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Luis Guillermo Valderrama Sánchez contra Editorial Marín Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 566

CONFESION DEL APODERADO DE LA EMPRESA, CUANDO DICHA CONFESION NO ES PURA Y SIMPLE, SINO COMPLEJA INDIVISIBLE.— La Corte por sentencia de marzo 29 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Doris Contreras de Suárez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 576

Páginas

LEY RETROACTIVA Y LEY RETROSPECTIVA.— La Corte por sentencia de marzo 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio de Marina Leal viuda de Jiménez y otros cotra Acerías Paz del Río S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 584

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO CON JUSTA CAUSA, CALIFICADA COMO TAL EN EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO DE LA EMPRESA.— La Corte por sentencia de marzo 31 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Edison Fernández Muñoz contra el Banco Franco Colombiano de Cali. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 592

PENSION DE JUBILACION.— (*Su aumento al tenor del artículo 1º de la Ley 10 de 1972*).— La Corte por sentencia de marzo 31 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Lorenzo Camilo Rodríguez Bejarano contra Abbott Laboratorios de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 589

MEDIO DE PROBAR LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.— La Corte por sentencia de abril 14 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Arcadio Diago contra Empresas Puertos de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 597

SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR SER LLAMADO EL TRABAJADOR A PRESTAR SERVICIO MILITAR.— La Corte por sentencia de abril 19 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Melquiades Reyes contra Siervo Muñoz Gómez y la sucesión de María del

Páginas

Carmen Isaza de Muñoz. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 605

SALAVAMENTO DE VOTO 611

FACULTAD DEL PATRONO PARA DESPEDIR A LOS TRABAJADORES QUE INTERVINIERON O PARTICIPARON EN LA SUSPENSION ILEGAL.— La Corte por sentencia de abril 19 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Arturo Manuel Vega Hernández contra Pizano S. A. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 614

SALVAMENTO DE VOTO 619

CRITERIO DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ACERCA DE LA INTELIGENCIA QUE DEBE DARSE AL ARTICULO 5º DEL DECRETO 2351 DE 1965, EN SU INCISO 2º.— La Corte por sentencia de 19 de abril de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Tulio Rómulo Paredes contra "El País Limitada". Magistrdo ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 621

CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. APLICACION A LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA.— La Corte por sentencia de abril 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Emilio Pedreros contra Compañía Constructora de Maquinaria-Hurtado Hermanos Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 628

BUENA FE PATRONAL.— La Corte por sentencia de abril 21 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor Alonso Morales contra Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 632

Páginas

EL ARREGLO CONCILIATORIO, TIENE EFECTO DE COSA JUZGADA.— La Corte por sentencia de abril 22 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Lorenzo Barros Leal contra la Compañía Frutera de Sevilla S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 636

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.— (*Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968*).— La Corte por sentencia de abril 22 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alirio Milciades Rodríguez Nieto contra Fondo Aeronáutico Nacional. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 642

ES ERROR SUBSANABLE LA OMISION DEL NOMBRE DE UNO DE LOS DEMANDADOS.— *Modalidades del salario. Buena fe patronal.*— La Corte por sentencia de abril 23 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gonzalo Sánchez Martínez contra Auto Mundial Limitada y Antonio Puerta T. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 649

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.— *Justa causa. Disminución o rebaja en el salario del trabajador.*— La Corte por sentencia de abril 23 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio Ciro Saúl García contra Transportes Expreso Palmira S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 660

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, SIN COMPROBAR EL PATRONO LA JUSTA CAUSA DEL DESPIDO INVOCADA.— La Corte por sentencia de abril 27 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rosalba Patiño de Perdomo contra Textiles Nylon S. A. Magistra-

Páginas

do ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 666

ERROR DE HECHO.— La Corte por sentencia de mayo 5 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Jorge E. Rueda Vargas contra Carlos J. Ospina Rubio. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz .. 672

ERROR DE HECHO.— La Corte por sentencia de mayo 9 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Raúl Acevedo Ocampo contra Almacén Canguro y Cía. Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 679

TRABAJADOR OFICIAL.— *Excepción que contempla el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. Proposición jurídica incompleta.* La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rodrigo Salcedo Luna contra Instituto Colombiano de Construcciones Escolares. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 687

EMPLEADOS PUBLICOS.— *El Hospital San Juan de Dios de Cúcuta es un establecimiento público. Inexistencia del contrato de trabajo.*— La Corte por sentencia de mayo 12 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Romelia Villa García contra el Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 691

HOMOLOGACION.— La Corte por providencia de mayo 13 de 1977, FALLA: *Primero.* Son inexequibles los artículos 8º, 19, 23, 35, sólo en su parágrafo 2º y 38 del laudo recurrido. *Segundo.* En todo lo demás, inclusive en el campo de aplicabilidad que determina, se homologa el referido laudo arbitral. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz .. 702

Páginas

INDEMNIZACION MORATORIA.— La Corte por sentencia de mayo 13 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Birman Varela Viveros contra Giht Shop Dagmar Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 709

CONSIGNACION DE LA SUMA QUE LA EMPRESA CREYO DEBERLE AL TRABAJADOR POR CONCEPTO DE CESANTIA, EN CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.— La Corte por sentencia de mayo 20 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Gómez contra Ingeniería y Equipos Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 714

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.— *Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Fondo Aeronáutico Nacional.*— La Corte por sentencia de mayo 23 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nydia Blanca Porras Flórez contra Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 719

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. (*Inciso final del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965).*— La Corte por sentencia de mayo 26 de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Octavio Camacho contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca). Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. ... 726

CONFESION INDIVISIBLE.— *Libre apreciación de pruebas. Errores de hecho.* La Corte por sentencia de mayo 27 de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Gregorio Sánchez contra Servicios de Ingeniería de Consulta Sedic. Limitada.

Páginas

Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 738

PRESCRIPCION DE DOMINICALES Y FERIADOS. PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.— La Corte por sentencia de junio 24 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio de Juan R. Bonilla contra Municipio de Puerto Boyacá. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 749

LA NO APLICACION AUTOMATICA DE LA SANCION CONTENIDA EN EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.— *Buena fe patronal.* La Corte por sentencia de junio 30 de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Alejandro Rodríguez Pérez contra Distral S. A. Industrias de Ingeniería Mecánica. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 758

SUSTITUCION PATRONAL.— La Corte por sentencia de 8 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Marco Tulio Granados Taborda contra Hacienda Zanzíbar Ltda. y Carbones San Fernando S. A. Magistrado ponente: Doctor Pedro Charria Angulo 767

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.— La Corte por sentencia de 12 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Danilo de J. Pinillos contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 773

INTERPRETACION ERRONEA DE LOS ARTICULOS 127, 132 Y 179 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.— La Corte por sentencia de 14 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio Fernando Puerta Núñez contra el Instituto Farmacológico Colombiano Limitada "ITALMEX". Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 785

AFILIACION DE LOS TRABAJADORES AL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO. La Corte por sentencia de 14 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María de Jesús Alvarez Gómez contra Procesadora de Leches S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 797

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA.— La Corte por sentencia de 15 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Garrido López contra Importadora Ultramar. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 801

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO.— La Corte por sentencia de 19 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Martha Lucía Ramírez contra el Banco del Comercio. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 809

ERROR DE HECHO.— (*Sustitución patronal*).— La Corte por sentencia de 19 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Oscar Ramos Cárdenas contra Carlos Rico y Cía. C. S. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 819

REFORMATIO IN PEJUS. APELACION POR MANDAMIENTO DE LA LEY.— La Corte por sentencia de 27 de julio de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Vicente Payome contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 829

Páginas

LA SOCIEDAD CONSTITUYE ENTE JURIDICO DISTINTO E INDEPENDIENTE DE LAS PERSONAS FISICAS O MORALES QUE HAYAN CONTRIBUIDO A FORMARLA.— La Corte por sentencia de 28 de julio de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Jorge Arismendy Monroy contra Inversiones Raíces e Industriales Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 835

INDEMNIZACION POR TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA, EL REAJUSTE DE LA MISMA, LA PENSION DE JUBILACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, REAJUSTE DE SALARIOS E INDEMNIZACION MORATORIA.— La Corte por sentencia de 28 de julio de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Baquero Guzmán contra Industrias del Mangle S. A. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 852

JUSTA CAUSA DE DESPIDO.— La Corte por sentencia de 10 de agosto de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jorge Trillos Pantoja contra "Pizano S. A.". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz .. 867

INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO.— La Corte por sentencia de 12 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfredo Alarcón Parra contra Ramón Garrido Fernández y Gamboa y González Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 874

PENSION DE JUBILACION RECONOCIDA POR EL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.— La Corte por sentencia de 25 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pedro Santamaría Barreto contra American Pipe and Construction International. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 878

REFORMATIO IN PEJUS.— La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Cosme Obregón Fernández contra el Colegio Municipal de Bachillerato de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 884

CONTRATO DE TRABAJO CON LOS AGENTES COLOCADORES DE POLIZAS DE SEGUROS.— La Corte por sentencia de 1º de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ernesto Patiño Quintero contra Aseguradora Mercantil S. A., Seguros Tequendama S. A., Seguros Tequendama de Vida S. A., Capitalización y Ahorros Tequendama S. A. y Administradora de Inversiones Tequendama S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 892

CONTRATO DE TRABAJO.— La Corte por sentencia de 2 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos Alvarez Vanegas contra Corporación Universidad Autónoma Latinoamericana. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 901

CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO.— La Corte por sentencia de 12 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luciano Montoya Duque contra la Universidad "La Gran Colombia". Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 908

CONTRATO DE CORRETAJE.— La Corte por sentencia de 20 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Alberto Hernando Montaño contra Inversiones El Gran Limonar. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 916

Páginas

HOMOLOGACION.— La Corte por providencia de septiembre 21 de 1977, FALLA: *Primero*: Del Laudo arbitral de 21 de abril de 1977, proferido por el Tribunal de Arbitramento que resolvió el diferendo laboral entre la "Cooperativa Continental de Transporte Limitada" y el Sindicato "Unión de Choferes de Colombia - UNITRASCOL", decláranse inexequibles los artículos segundo; cuarto en cuanto ordena al patrono deducir sumas por concepto de multas que imponga el Sindicato a sus miembros; quinto, noveno, en cuanto se refiere al descuento a trabajadores no sindicalizados. *Segundo*: Homológase en todo lo demás. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 922

PRUEBA PERICIAL.— La Corte por sentencia de 22 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gastón Escobar Escobar contra Industrias y Representaciones Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 929

EL JUS VARIANDI.— La Corte por sentencia de 23 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de William Elásmar Baruque contra el Banco de la República. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 936

SUSTITUCION DE PATRONOS.— La Corte por sentencia de 23 de septiembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Teresa Amaya Sierra contra Fieltros Técnicos Sombreros e Hilazas Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 960

EXCEPCION DE PRESCRIPCION.— La Corte por sentencia de 27 de septiembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Alberto Vargas Sastoque contra Auto Mundial Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 973

DESPIDO COLECTIVO DE TRABAJADORES. PROTECCION EN CASO DE DESPIDOS COLECTIVOS. EL REINTEGRO DEL TRABAJADOR AL CARGO QUE VENIA DESEMPEÑANDO NO SURGE DEL DESPIDO COLECTIVO ILEGAL. La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Suárez Molina contra Transformadores Ruiz Mora Limitada. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 981

APELACION ADHESIVA. APLICACION DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL, COMO CONSECUENCIA Y EN LA MISMA MODALIDAD, DEL ARTICULO 8º DEL DECRETO 2351 DE 1965. INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO.— La Corte por sentencia de 18 de octubre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Edmundo Gavassa Villamizar contra Gavassa & Cía. Limitada. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture .. 986

FALTA DE PRUEBA DE LOS EXTREMOS DEL CONTRATO.— La Corte por sentencia de 19 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Parra Romero contra Sociedad de Ingeniería y Construcciones Limitada. Sico Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 998

DETERMINACION DE LO QUE SE DEMANDA. ULTRA Y EXTRA PETITA. La Corte por sentencia de 27 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Gerardo Paredes Varona contra la Caja de Compensación Familiar de Nariño. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 1003

Páginas

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.— La Corte por sentencia de 27 de octubre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pedro Nel Acosta Echavarría contra la "Compañía Colombiana de Tabaco S. A.". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 1009

REAJUSTES O RELIQUIDACIONES DE PENSIONES.— La Corte por sentencia de 10 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Bernardo González contra Cementos Boyacá S. A. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 1015

LIBRE ESTIPULACION DEL SALARIO ENTRE LAS PARTES (ARTICULO 132 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO).— La Corte por sentencia de 10 de noviembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Rodríguez Camacho contra el Parque Cementerio de la "Inmaculada Limitada". Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz .. 1023

PENSION DE JUBILACION A QUE TIENEN DERECHO LOS EMPLEADOS PUBLICOS Y LOS TRABAJADORES OFICIALES.— La Corte por sentencia de 21 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Angel Mora Espitia contra Compañía Colombiana de Alcalis. Planta Colombiana de Soda Limitada y Alcalis de Colombia Alco Limitada. Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina 1030

DOCUMENTOS PRIVADOS, DECLARATIVOS, EMANADOS DE TERCEROS.— La Corte por sentencia de 21 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Fermín Manuel Fernández Soto contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 1037

HOMOLOGACION.— La Corte por providencia de 22 de noviembre de 1977, RESUELVE: *Primero:* Declárase INEXEQUIBLE la frase contenida en el inciso del artículo 1º del Laudo recurrido que dice: desde el día tres de julio de mil novecientos setenta y seis, inclusive"; *Segundo:* Decláranse INEXEQUIBLES los incisos 4º y 5º del artículo 3º del fallo arbitral. *Tercero*: Declárase INEXEQUIBLE la frase "con base en el promedio de salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados afectivamente" del inciso 1º del artículo décimo del fallo arbitral. *Cuarto*: Declárase INEXEQUIBLE el inciso 2º del artículo décimo del fallo arbitral. *Quinto:* Declárase INEXEQUIBLE el inciso 3º del artículo décimo del fallo arbitral. *Sexto*: Declárase INEXEQUIBLE el artículo 16 del fallo recurrido en cuanto dice: "El presente laudo tendrá una vigencia de dos años, contados a partir del tres (3) de julio de 1976". *Séptimo*: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el laudo regirá desde el 16 de junio de mil novecientos setenta y seis hasta el 1º de julio de mil novecientos setenta y ocho. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 1040

TRABAJADORES OFICIALES.— La Corte por sentencia de 24 de noviembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Ismael Salcedo contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 1066

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DECISION UNILATERAL Y POR EXPIRACION DEL PLAZO FIJO PACTADO.— (*Su diferencia*).— La Corte por sentencia de 29 de noviembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis María Luque González contra Fábrica de Productos de Caucho "JOF Limitada".

Páginas

Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 1071

CONVENCION COLECTIVA.— La Corte por sentencia de 30 de noviembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Mario Bonilla Plata contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E. Magistrado ponente: Doctor Jerónimo Argáez Castello 1076

INDEMNIZACION MORATORIA.— La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Santiago Morales contra Jardines de Paz de la Arquidiócesis de Bogotá, S. A. Magistrado ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora 1088

Páginas

REFORMATIO IN PEJUS.— La Corte por sentencia de 9 de diciembre de 1977, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Angel Rodríguez contra Universidad Nacional de Colombia. Magistrado ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C. 1095

DESPIDO DEL TRABAJADOR O TRABAJADORES QUE HUBIEREN INTERVENIDO O PARTICIPADO EN ILEGAL CESACION COLECTIVA DE ACTIVIDADES.— La Corte por sentencia de 14 de diciembre de 1977, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Alfonso Morales Castro contra Pizano S. A. Magistrado ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 1104

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
TALLER DE ARTES GRAFICAS
PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA LA PICOTA
BOGOTA, D. E., JULIO DE 1983